Münster 1937 No 10 Jur DiSS

Die Anwendbarkeit der §§ 320–327 BGB. auf die Miete als Dauerschuldverhältnis

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster i. W.

vorgelegt von

Fritz Stürmann
Gerichtsreferendar
aus Münster i. W.

Münster in Westfalen 1937

Druck der Aschendorffschen Buchdruckerei

Referent: Professor Dr. Kaser

Korreferent: Professor Dr. Schumann

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Januar 1937

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547223_0126

Inhaltsübersicht

Seite

§ 1. Die Miete als Dauerschuldverhältnis 1

§ 2. Die Miete als gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320—327 BGB. . 3

§ 3. Das Verhältnis der §§ 320—327 BGB. zu den §§ 535 ff. BGB. im allgemeinen 4

§ 4. Die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages. § 320 BGB. 5

I. Das Problem der Vorleistung bei der Miete 6

II. Das Prinzip der Äquivalenz im Falle des § 320 bei der Miete . 9

III. Das Verhältnis von § 537 und § 320 für die Einrede des Mieters 17

§ 5. Die Einrede bei Vermögensverschlechterung 21

§ 6. Vom Vermieter und Mieter nicht zu vertretendes Unmöglichwerden der Leistung 24

I. § 323 I und § 537 24

II. § 323 I erster Halbsatz: Nicht zu vertretendes gänzliches Unmöglichwerden 27

III. § 323 I zweiter Halbsatz: Nicht zu vertretendes teilweises Unmöglichwerden 31

IV. § 323 II: Der Anspruch des Mieters auf das Surrogat 37

V. § 323 III 46

§ 7. Vom Mieter zu vertretendes Unmöglichwerden der Leistung des Vermieters, § 324 Absatz I 46

I. Vollkommenes Unmöglichwerden 46

II. Teilweises Unmöglichwerden 50

§ 8. Vom Vermieter nicht zu vertretendes Unmöglichwerden der Leistung während des Gläubigerverzugs des Mieters, § 324 II 51

I. Stellungnahme des Schrifttums 51

II. Die praktischen Folgen einer Anwendung des § 324 II bei der Miete 52

III. Dogmatische Begründung der Ablehnung des § 324 II bei der Miete 53

§ 9. Die Anwendbarkeit der §§ 325, 326, 327 59

I. Allgemeine Betrachtung 59

II. Rücktritt oder Kündigung 59

1. von seiten des Mieters 60

2. von seiten des Vermieters 63

III. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung . . . 65

1. Der Schadensersatzanspruch des Mieters 67

2. Der Schadensersatzanspruch des Vermieters 68

IV. Verhältnis von Kündigung und Ersatzanspruch 68

V. § 327 72

§ 10. Schlußfeststellung 72

Literaturverzeichnis

André: Einrede des nicht erfüllten Vertrages, 1890.

Arnold: Betrachtungen über Miete und Pacht, in: Seufferts Blätter für Rechtsanwendung Bd. 63, S. 341 ff.

Beradt: Miete und Polizei. Berlin 1906, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien, Heft XXXI.

Bolze: Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Borcherdt: Deutsches Mietsrecht. 2. Aufl. Breslau 1912.

Brückner: Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen. 2. Aufl. Leipzig 1912.

Busch: Gefahrtragung bei Sachmiete und Pacht. Diss. Erlangen 1898.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechtes. II. Bd. Tübingen-Leipzig 1902.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. II, 3. Aufl. Halle a. d. Saale 1906.

Dörr: Die Haftung des Vermieters für die Fehler der Mietsache, in: Leipziger Zeitschrift 1917, Sp. 947.

Ebhardt: Die Beendigung des Dauerschuldverhältnisses. Diss. Leipzig 1934.

Eltzbacher: Großberliner Mietverträge. Berlin 1913.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, bearb. von Lehmann 1932.

Fuld: Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Leipzig 1898.

—: Beweislast bei Mängeln der Mietsache, in: Sächsisches Archiv für deutsches Bürgerliches Recht. Bd. 14, S. 452.

v. Gierke: Dauernde Schuldverhältnisse, in: Iherings Jahrb. Bd. 64, S. 355 ff.

Goldberger: Betrachtungen über die Einrede des nichterfüllten Vertrages, in: Seufferts Blätter f. Rechtsanwendung. Bd. 75, S. 165.

Grieshaber: Das Synallagma des Versicherungsvertrages, untersucht an der Anwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB. auf den Versicherungsvertrag.

Großart: Folgen der Unmöglichkeit der dem einen Teile obliegenden Leistung beim gegenseitigen Vertrag. Diss. Freiburg 1904.

Gschnitzer: Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Rechte, in: Iherings Jahrb. Bd. 76, S. 317 ff.

Hueck: Kündigung und Entlassung. Stuttgart 1921.

Jacobi: Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326 BGB. Diss. Erlangen 1902.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. I. Bd. Berlin-Leipzig 1931.

Keidel: Schadensersatzansprüche bei außerordentlicher Kündigung der Miete, in: Seufferts Blätter f. Rechtsanwendung. Bd. 69, S. 317 ff.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Jena 1900.

Kipp: Gutachten über die Frage: Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages?, in: Verh. des 27. Dtsch. Juristentages. Berlin 1904. I. Bd., S. 249 ff.

Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen. Jena 1900.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. II. Bd. Berlin 1906.

Krahmer: Gegenseitige Verträge. Halle a. d. Saale 1904.

Krückmann: Einige Bemerkungen zu den dauernden Schuldverhältnissen, in: Iherings Jahrb. Bd. 66, S. 1 ff.

Lammfromm: Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag. Leipzig 1897.

Laubhardt: Zur Auslegung des § 321 BGB., in: Arch. f. civ. Prax. Bd. 109, S. 248.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. Bd. II. Leipzig 1908.

Mittelstein: Die Miete nach dem Rechte des Deutschen Reiches. 4. Aufl. Berlin 1932.

Mommsen, Fr.: Die Unmöglichkeit der Leistung. Braunschweig 1853.

Müller: Der Sukzessivlieferungsvertrag, in: GruchBeitr. Bd. 50, S. 508.

Müller, E.: Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, im „Recht" 1905, S. 545 ff.

Müller-Erzbach: Über den Rücktritt bei sukzessiven Lieferungsgeschäften und ähnlichen Verträgen, in: DJZ 1904, S. 1158 ff.

Niendorff: Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 10. Aufl. Berlin 1914.

Nikisch: Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag. Berlin 1926.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse, 1. u. 2. Abt. 5. Aufl. Berlin 1928/29.

— Entgeltliche Geschäfte. München 1912.

Planck: Kommentar zum BGB. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse, 1. u. 2. Hälfte, bearb. von Siber. 4. Aufl. Berlin 1914.

Presser: Bereicherung und Aufwertung, in: JW 1925, Sp. 1032.

Regelsberger: Zur Lehre von der Einrede des nichterfüllten Vertrages, in: Iherings Jahrb. Bd. 40, S. 249.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB. Bd. I u. II. Recht der Schuldverhältnisse. 8. Aufl. Berlin-Leipzig 1934.

Rosenberg: Der Verzug des Gläubigers. Bd. 43, S. 141, in: Iherings Jahrb.

Savigny: Das Obligationsrecht. Bd. I. Berlin 1851.

Schefold: Der gegenseitige Vertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Tübingen 1902.

Schöller: Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB., in: GruchBeitr. Bd. 46, S. 253 ff.

Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte. Allgemeiner Teil des Rechtes der Schuldverhältnisse. München 1900.

Schulz: System der Rechte auf den Eingriffserwerb, in: Arch. f. ziv. Prax. Bd. 105, S. 1.

Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung, in: Iherings Jahrb. Bd. 50, S. 95.

— Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechtes. Schuldrecht. Leipzig 1931.

Silberschmidt: Die Zeitdauer als Einteilungsgrund der vertraglichen Schuldverhältnisse, in: Ztschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1916, S. 369 ff.

Sinzheimer: Lohn und Aufrechnung. Berlin 1902.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 14. Aufl. Bd. III. Berlin-Leipzig 1933.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1926—1931. II. Band, 1. Teil bearbeitet von Werner. II. Band, 2. Teil bearbeitet von Kober und Nipperdey. II. Band, 3. Teil bearbeitet von Kober, Engelmann, Geiler.

Stern: Die Gefahrtragung. Marburg 1910.

Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem deutschen bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

— Über die Verhältnisse des kaufmännischen Hilfspersonals, in: Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts. Bd. II, S. 746.

Tumpowsky: Der Mängelanspruch des Mieters. Diss. Leipzig 1902.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II. 8./9. Aufl. Frankfurt 1900.

Zschaler: Die sofortige Kündigung langfristiger Verträge bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, in: Sächs. Arch. f. Rechtspfl. 1920, S. 139.

§ 1

Die Miete als Dauerschuldverhältnis

Nach § 535 BGB. wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache *während* der Mietzeit zu gewähren. In dieser Formulierung hat das Gesetz selbst das Wesen des Mietvertrages bestimmt. Die Leistungspflicht des Vermieters, die Gewährung des Gebrauchs der vermieteten Sache, die den Inhalt der geschuldeten Leistung bildet, erstreckt sich über einen Zeitraum hin. Die Verpflichtung des Vermieters soll nicht in einem einzigen oder durch mehrere von vornherein bestimmte Erfüllungsakte, die an einem bestimmten Fälligkeitstermin vorzunehmen sind, erfüllt sein, sondern die Schuld des Vermieters soll während der ganzen Dauer ihres Bestandes stetig durch Gewährung des Gebrauchs der Mietsache erfüllt werden.

Hinsichtlich dieses Zeitmomentes besteht ein begrifflicher Gegensatz zu den Verträgen Kauf und Tausch.

Nach § 433 ist der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an ihr zu verschaffen. In dem einen Zeitpunkt der Vornahme der Erfüllungshandlung treffen die Vertragsparteien vorübergehend zusammen, um sich nach Vornahme des Erfüllungsaktes wieder zu trennen. War bei der Miete die Verpflichtung des Vermieters während eines *Zeitraumes*, eben der Dauer der Mietzeit, zu bewirken, so erledigt sich die Verpflichtung des Verkäufers in einem *Zeitpunkt*[1].

Geht man von diesem rein begrifflichen Gegensatz von Zeitraum und Zeitpunkt aus, der in Wirklichkeit auch nur ein relativer[2] ist, der aber Kauf und Miete in dieser Frage wesensmäßig

[1] Gierke, JherJahrb. 64 S. 357.

[2] Der Gegensatz ist insofern relativ, als auch bei Kauf und Tausch die Erfüllung sich häufig nicht in einem Augenblick vollzieht, sondern z. B., wenn die Ware umfangreich ist, sich über einen gewissen Zeitraum hin erstreckt. Trotzdem sprechen wir in diesem Fall von einer vorübergehenden Leistung, auch wenn sie strenggenommen nicht in einem Zeitpunkt erfolgt. Maßgebend ist nicht der logische Begriff, sondern die Verkehrsanschauung. Diese sieht aber die Übergabe von 500 Zentner Kartoffeln, obschon sie vielleicht mehrere Stunden in Anspruch nimmt, als Augenblicksleistung an.

trennt, so ergibt sich als Begriffsbestimmung des Dauervertrages der Satz: „Dauerschuldverhältnisse sind Schuldverhältnisse, die eine Leistung zum Gegenstand haben, deren Erfolg während eines Zeitraumes eintritt“ [3]. Fußend auf diesem Gegensatz hat man die Schuldverhältnisse in vorübergehende und dauernde eingeteilt [4]. Diese Einteilung rechtfertigt sich aber nicht allein aus dem begrifflichen Gegensatz zwischen Zeitpunkt und Zeitraum, sondern infolge dieses Gegensatzes zeitigen die verschiedenen Schuldverhältnisse mit Rücksicht auf das Zeitmoment auch verschiedene wirtschaftliche und demgemäß juristische Folgen. Das Dauerschuldverhältnis schafft zwischen den Parteien eine viel umfassendere und innigere Verbindung als das vorübergehende Schuldverhältnis. Und diese Verbindung wird dann besonders stark, wenn die Vertragsteile nicht nur wirtschaftlich am Fortbestehen des Vertrages längere Zeit hindurch interessiert sind, sondern auch dauernde persönliche Berührung, wie bei Dienst- und Arbeitsverträgen, den Charakter des Dauerschuldverhältnisses bestimmt. Mit dieser engeren Berührung der Vertragsparteien ist die Anbahnung besonders starker Vertrauensbeziehungen notwendig verbunden. Dieses Vertrauenselement ist so hervorstechend und charakteristisch, daß Silberschmidt [5] das Dauerschuldverhältnis geradezu definiert als das auf die Dauer berechnete Vertrauensverhältnis. Dieses Vertrauensverhältnis wird sich um so enger gestalten, je mehr der Vertrag die Parteien zum persönlichen Zusammenwirken zwingt. Es ist verständlich, daß bei den Dauerschuldverhältnissen, zu denen in erster Linie auch die Miete gehört, die rechtliche Behandlung diesem Gegensatz zum vorübergehenden Schuldverhältnis Rechnung tragen muß.

Ehe wir jedoch der Frage nachgehen, inwiefern das BGB. in seinen allgemeinen Lehren der Schuldverhältnisse bei der Miete als Dauervertrag dieser Verschiedenheit zum sogenannten vorübergehenden Vertrag gerecht wird, muß auf die Übergänge und Zwischenbildungen kurz hingewiesen werden, die die Grenzen zwischen den beiden Gruppen der Schuldverhältnisse verschwimmen lassen. Dieser Hinweis ist deshalb von Bedeutung, um von vornherein zu verhüten, daß eine Überspitzung der Gegensätze künstlich konstruiert wird. Das Rechtsleben ist so vielgestaltig, daß es stets Ausnahmen von der Regel geben wird. Es

[3] Gierke, JherJahrb. 64 S. 359; Ebhardt, a. a. O. S. 4. Im wesentlichen hiermit übereinstimmend schon Windscheid-Kipp II § 252 Nr. 2; Savigny, Obligationenrecht I S. 302. Andere Definitionen bei Gschnitzer, JherJahrb. 76 S. 324; Nikisch, a. a. O. S. 148.

[4] Silberschmidt, a. a. O. S. 369 ff.

[5] Silberschmidt, a. a. O. S. 369.

gibt Fälle, in denen das regelmäßig vorübergehende Schuldverhältnis ausnahmsweise als dauerndes auftritt und umgekehrt.

Hat z. B. der Käufer K vom Verkäufer V 100 Zentner Kartoffeln gekauft und abgemacht, daß ihm die Kartoffeln in fünf Teilleistungen zu je 20 Zentner zu leisten sind, dann handelt es sich begrifflich und wirtschaftlich noch immer um ein vorübergehendes Schuldverhältnis. Hat aber der K mit V ausgemacht, daß dieser ihm bis auf Widerruf jeden Monat 20 Zentner Kartoffeln liefern soll, dann haben wir es mit einem Sukzessivlieferungsvertrag zu tun, der jedenfalls wirtschaftlich ein Dauerschuldverhältnis begründet. Umgekehrt nähert sich ein Mietvertrag, der auf die Vermietung eines Fensterplatzes für die kurze Dauer eines Festumzuges gerichtet, und dessen Vergütung in einem einheitlichen Preis bestimmt ist, wirtschaftlich einem vorübergehenden Schuldverhältnis, da hier von einer engeren Vertrauensbeziehung auf Grund längerer Verbindung der Parteien nicht gesprochen werden kann.

Diese Beispiele zeigen, daß man sich hüten muß, aus einer abstrakten juristischen Begriffsbestimmung des Dauervertrages heraus für diesen allgemeingültige Regeln aufzustellen, vielmehr wird nur die Untersuchung der einzelnen Vertragsarten zur Klärung der Rechtslage förderlich sein.

Die folgenden Ausführungen befassen sich mit dem Mietvertrage in seiner regelmäßigen Ausgestaltung als typischer Dauervertrag; denn ebensowenig wie die Gesetzgebung selbst wollen wir uns in den folgenden Paragraphen am Ausnahmefall orientieren.

§ 2

Die Miete als gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320–327 BGB.

Ein vollkommen gegenseitiger Vertrag liegt nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts dann vor, wenn Leistung und Gegenleistung in einem derartigen wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen, daß sie, wenngleich vielleicht nicht tatsächlich, so doch nach der Absicht der Parteien gleichwertig sind und als gleichwertig gegeneinander ausgetauscht werden sollen[1].

Der übliche zwischen den Parteien abgeschlossene Mietvertrag erfüllt diese Voraussetzungen. Ein weiteres Begriffserfordernis ist für die synallagmatischen Verträge nicht aufgestellt, insbesondere

[1] RG v. 18. 1. 1923 in LZ 23 S. 386; RG 16. 5. 1917 Warn. 1917 Nr. 269; RGZ 60 S. 241; vgl. RGZ 106 S. 86.

ist nicht erforderlich, daß jede der gegenüberstehenden Leistungen sich in einer einmaligen Handlung vollziehen muß, so daß nur die vorübergehenden Schuldverhältnisse und nicht die Dauerverträge unter den Begriff des gegenseitigen Vertrages fallen[2].

Haben wir hiermit die Miete als synallagmatischen Vertrag charakterisiert, so ist doch schon hier einschränkend darauf hinzuweisen, daß die §§ 320 ff. nicht notwendig auf alle Verbindlichkeiten Anwendung finden, die sich aus gegenseitigen Verträgen ergeben, sondern nur auf solche Verpflichtungen, die in dem eben näher gekennzeichneten Abhängigkeitsverhältnis stehen[3].

Ist mit diesen kurzen Andeutungen die Miete als gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320—327 erkannt, dann ist im folgenden Paragraphen noch die allgemeine Frage grundsätzlich zu klären, in welchem Verhältnis die §§ 320 ff. im ganzen zu den §§ 535 ff. stehen. Erst nach Beantwortung dieser allgemeinen Frage kann in eine Untersuchung des Verhältnisses der einzelnen Bestimmungen der §§ 535 ff. zu den §§ 320 ff. eingetreten werden.

§ 3

Das Verhältnis der §§ 320–327 BGB. zu den §§ 535 ff. BGB. im allgemeinen

Es ist ganz allgemein[1] abgelehnt worden, auf Dauerverträge die §§ 320—327 anzuwenden. Die Unterstellung dieser Verträge unter die allgemeinen Bestimmungen würde zu einer vollständigen Verwahrlosung des Rechtsverhältnisses führen. Nur die für Miete und Dienstvertrag aufgestellten speziellen Regeln sollen befriedigende Ergebnisse zeitigen.

An dieser Beurteilung ist so viel richtig, daß die Bestimmungen des allgemeinen Teiles der Schuldverhältnisse vornehmlich auf Augenblicksleistungen berechnet sind. Doch ist dies kein Grund, ihre Anwendbarkeit überhaupt zu bestreiten[2].

Dieser Grundsatz würde Lücken im Gesetz offen lassen und den §§ 320—327 Anwendungsgebiete entziehen, die ihnen begrifflich unterstellt sind. Es ist z. B. schlechterdings nicht möglich, den Untergang einer Mietsache als einen ihr anhaftenden Fehler

[2] Kohler II S. 259 ff., der Miete und Dienstvertrag nicht als gegenseitigen Vertrag im Sinne von §§ 320 ff. ansieht.

[3] Nicht in diesem Abhängigkeitsverhältnis steht die Verpflichtung des Vermieters aus § 547, des Mieters aus § 556.

[1] Kohler II S. 259 ff.

[2] Oertmann, Vorbem. zu § 320 4 b α; Planck-Siber, Vorbem. zu § 320, 2.

im Sinne des § 537 BGB. zu bezeichnen, da ein Fehler stets die Existenz der Sache, der er anhaftet, voraussetzt[3].

Aus diesem Grunde hat sich denn die durchaus herrschende Meinung[4] auf den Standpunkt gestellt, daß auch bei Dauerschuldverhältnissen und speziell bei der Miete die Sondersätze zu den Lehren des allgemeinen Teiles der Schuldverhältnisse in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen[5].

Dieses Abhängigkeitsverhältnis ist aber nicht als eine verbindende Anwendung der verschiedenen Regeln gedacht. Es dürfte sich nicht um eine Idealkonkurrenz handeln, derzufolge sämtliche Rechtsfolgen anwendbar erschienen[6], sondern es handelt sich um das Verhältnis der lex specialis zur lex generalis[7]. Es muß deshalb unsere Aufgabe sein, durch eine Vergleichung der besonderen Bestimmungen mit den allgemeinen Grundsätzen zu ermitteln, inwieweit neben der speziellen Regelung noch für jene Raum und Bedürfnis besteht. Bevor jedoch mit der speziellen Betrachtung begonnen werden darf, ist eine notwendige Einschränkung des Gegenstandes der Arbeit festzustellen. Es geht über den Zweck und den Umfang der Arbeit hinaus, zu den allgemeinen Streitfragen, die sich an die Anwendbarkeit der einzelnen Gesetzesbestimmungen knüpfen, kritisch Stellung zu nehmen. Sie werden nur dann behandelt werden, wenn sie selbst auf der Natur der Miete als Dauerschuldverhältnis beruhen, oder gerade für sie von Wichtigkeit sind.

§ 4

Die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages. § 320 BGB.

Die Regel des § 320, die aus dem Kaufrecht stammt[1], ist von vornherein auf den sog. vorübergehenden Vertrag, der beide Parteien nur zu einer vorübergehenden Leistung verpflichtet, abgestellt. Nach der Stellung des § 320 im Gesetz kann jedoch die

[3] Vgl. Beradt S. 32. Hierzu ist man genötigt, sofern man diesen Tatbestand, wie es die bei Beradt Anm. 37 zitierten Schriftsteller versuchen, dem Wortlaut des § 537 unterstellen will.

[4] Mot. II S. 378, 421; RG 62 S. 228; Oertmann, Vorbem. §§ 320—27 4 a α und Vorbem. § 535 4; Planck-Siber, Vorbem. § 320, 2; Schöller, GruchBeitr. 46 S. 260; Crome S. 540.

[5] Mot. II S. 378, 421; RGZ 62 S. 228.

[6] Krahmer S. 122.

[7] Oertmann, Vorbem. zu § 320 4 β und die h. M.

[1] Oertmann § 320 4 b aa.

Einrede des nichterfüllten Vertrages bei allen synallagmatischen Verträgen vorkommen, zu denen auch der Mietvertrag gehört[2].

Die Miete ist aber ein Dauerschuldverhältnis. Daraus ergeben sich zunächst zwei Schwierigkeiten, die die Anwendbarkeit des § 320 in Frage stellen.

I. Mit der Miete als Dauerschuldverhältnis ist notwendig die Vorleistung einer Partei verbunden.

II. Da sich die Miete über eine längere Zeit hin erstreckt, ist für eine Vielzahl der Fälle die Durchbrechung des strengen Äquivalenzprinzips, wie es von der herrschenden Meinung beim § 320 gefordert wird, notwendig. Dieses Prinzip besagt, daß nur solche Leistungen gegeneinander zurückgehalten werden dürfen, die „einander wirklich gegenüberstehen“[3], bei denen also nach der Zweckbestimmung des Vertrages die eine gegen die andere ausgetauscht werden soll.

Hinzu kommt schließlich noch die unter III behandelte, speziell mietrechtliche Bestimmung des § 537, die für den Mieter die Einrede aus § 320 überflüssig machen soll. Ehe auf die praktische Verwendbarkeit des § 320 eingegangen werden darf, ist eine Klärung dieser drei Fragen herbeizuführen.

I. Das Problem der Vorleistung bei der Miete

Das Leistungsverweigerungsrecht entfällt logischerweise, wenn der Beklagte vorzuleisten verpflichtet ist. Ohne eine irgendwie geartete Vorleistungspflicht einer Partei ist aber die Miete praktisch nicht durchführbar. Es ist für den Mieter unmöglich, für jeden Augenblick der Erfüllung der Schuld von seiten des Vermieters diesem das dafür entfallende Entgelt zu zahlen. Diese Zahlung kann nur für einen bestimmten Zeitraum, entweder vorher oder nachher, geleistet werden, niemals aber Zug um Zug. Dieser Natur des Mietvertrages trägt die dispositive Regel des § 551 Rechnung.

Gemäß § 551 Abs. I Satz 1 ist der Mietzins am Ende der Mietzeit zu zahlen. Klagt daher der Mieter bei Beginn der Mietzeit auf Überlassung des Mietgegenstandes, dann kann ihm der Vermieter die Einrede aus § 320 wegen seiner eigenen Mietzinsforderung nicht entgegenhalten.

Wie schon angedeutet, ist aber die Regelung des § 551 dispositiver Natur. Haben die Parteien vereinbart, daß der Mieter verpflichtet sein soll, den Mietzins vor der Überlassung des Mietgegenstandes zu bezahlen, und wird der Mieter auf Zahlung

[2] Staub, Vorbem. § 373 Anm. 77 S. 691; vgl. Dernburg, Pand. II § 21.
[3] RGZ 54/125; 65/47; RG v. 10. 6. 1910 in SeuffArch. Bd. 65 S. 440.

des Mietzinses verklagt, dann darf er die Zahlung nicht unter Berufung auf § 320 verweigern.

In beiden hier geschilderten Fällen greift die Ausnahme des § 320 Abs. I Satz 1 2. Halbs. Platz, weil einmal der Vermieter, das andere Mal der Mieter vorzuleisten verpflichtet war.

Für die Mehrzahl der Mietverträge, insbesondere der Wohnungsmietverträge, ist der Mietzins nicht von vornherein für die ganze Mietzeit einheitlich bestimmt und auf einmal zu entrichten, sondern nach Zeitabschnitten bemessen. Für diesen Fall bestimmt der § 551 Abs. I Satz 2, daß der Mietzins *nach* dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten ist. Insofern setzt sich die Vorleistungspflicht einer Partei auch während der Mietzeit fort, wenn die Miete in Raten bezahlt wird. Hat z. B. der Bauer B einen Erntewagen von N zum monatlichen Zins von 30 RM auf unbestimmte Zeit gemietet, ohne mit N über die Zahlungszeit etwas abzumachen, dann trifft ihn auch innerhalb der Mietzeit die Vorleistungspflicht. Wird während der Mietzeit am Anfang eines neuen Monats der Wagen ohne Verschulden des B reparaturbedürftig, dann ist N gemäß § 536 verpflichtet, den Wagen wieder gebrauchsfähig zu machen. Klagt nunmehr B auf Instandsetzung, dann kann N diese nicht bis zur Entrichtung des für diesen Monat zu zahlenden Mietzinses unter Berufung auf § 320 verweigern, da er vorzuleisten hat.

Entsprechend liegt der Fall bei Vorleistungspflicht des Mieters. Im Vertrage sei beispielsweise bestimmt, daß B pränumerando am ersten eines jeden Monats den Zins von 30 RM zu entrichten hat. Wird B am ersten eines Monats innerhalb der Mietzeit auf Zahlung belangt, dann ist er nicht berechtigt, die Zahlung zu verweigern, weil er für diesen Betrag den Mietgebrauch noch nicht gehabt hat; denn B ist vorleistungspflichtig.

Zu den Fragen der Vorleistung bei der Miete bleibt nunmehr noch ein Fall zu behandeln, der zu dem unter II erwähnten Äquivalenzproblem überleitet. Hat der Mieter nicht in der Art vorzuleisten, daß er den Mietzins bei Beginn der Mietzeit *vor* Überlassung der Mietsache zu leisten hat, sondern *gegen* oder besser gesagt *bei* Überlassung, dann haben wir es zwar mit einer Vorleistung des Mieters zu tun, die aber, äußerlich betrachtet, sich der Zug-um-Zugleistung des vorübergehenden Vertrages nähert. Hat der Bauer B, wenn er den Wagen für die Erntezeit gemietet hat, den Mietzins von 100 RM Zug um Zug gegen Überlassung des Wagens zu zahlen, oder hatte er 30 RM als monatlichen Mietzins pränumerando bei Beginn der Mietzeit Zug um Zug gegen Herausgabe des Wagens zu entrichten, dann gleicht diese Gestaltung der Rechtslage stark den gegenüber-

stehenden Leistungspflichten beim vorübergehenden Schuldverhältnis, so daß die Ähnlichkeit auf den Tatbestand des § 320 geradezu hindeutet[4]. Und trotzdem handelt es sich auch in diesem Fall um eine Vorleistung des Mieters; denn der Vermieter räumt zwar Zug um Zug gegen Zahlung des Mietzinses dem Mieter den Besitz der Mietsache ein, aber in seiner Verpflichtung zur Gebrauchsgewährung ist nicht nur die Überlassungs-, sondern auch die Belassungs- und Erhaltungspflicht enthalten. In unserem Beispiel hat der Vermieter N dem B den Wagen nicht nur zu übergeben. Damit hat er seine Schuld noch nicht erfüllt. Er hat gemäß § 536 die Pflicht, dem B den Wagen, solange das Mietverhältnis dauert, zu lassen und ihn während dieser Zeit im gebrauchsfähigen Zustand zu erhalten. Wenn also der B dem N den ganzen Zins bzw. die erste Rate Zug um Zug gegen Überlassung des Wagens gibt, dann hat er hinsichtlich der sog. Belassungs- und Erhaltungspflicht, die mit der Übergabe noch nicht erfüllt ist, den Mietzins vorausgeleistet. Trotz dieser Vorleistung des Mieters wird dieser Fall der Regel des § 320 unterstellt[5].

Wird der Mieter auf den Mietzins verklagt, so kann er in einem solchen Falle durch die Einrede des nichterfüllten Vertrages erreichen, daß er nur zur Leistung Zug um Zug gegen Einräumung der Mietsache verurteilt wird. Wird umgekehrt der Vermieter auf Einräumung verklagt, so kann er durch die Einrede des § 320 die Beschränkung seiner Verurteilung auf Einräumung Zug um Zug gegen Empfang des Mietzinses herbeiführen.

Wir haben festgestellt, daß die bei Beginn des Mietverhältnisses vorhandene Vorleistungspflicht einer Partei sich im Laufe der Mietzeit, sofern sie in einzelne Perioden eingeteilt ist, fortsetzt. Eine derartige Fortsetzung der Vorleistungspflicht des Mieters stellen wir auch im folgenden Fall fest. Hat der Mieter B Zug um Zug gegen Überlassung des Wagens 30 RM als Zinsrate für den ersten Monat gezahlt, dann ist er am ersten eines jeden folgenden Monats gehalten, für diesen Monat den Zins vorauszuzahlen. Die Vorleistungspflicht innerhalb der Mietzeit unterscheidet sich in diesem Falle in nichts von dem früheren Tat-

[4] Ist einfach Vorauszahlung des Mietzinses von den Parteien vereinbart, dann ist regelmäßig der Parteiwille in der Art auszulegen, daß bei Beginn der Mietzeit der Mieter den ganzen Mietzins bzw. die erste Rate Zug um Zug gegen Überlassung der Mietsache zu leisten hat (RG in JW 1906 S. 333 Nr. 8). Freilich ist es den Parteien unbenommen, den Vertrag in dem Sinne abzuschließen, daß der Mieter gehalten sein soll, den Zins v o r Überlassung der Mietsache, also nicht Zug um Zug zu entrichten. Ein solcher Wille wird aber nicht vermutet und muß deshalb aus den Vertragsabreden klar hervorgehen. Niendorff S. 179 (KG 9. U. 1412/93).

[5] Vgl. Siber, Schuldrecht § 56 III 1 S. 277.

bestand, wo der Mieter bei Beginn des Mietverhältnisses die erste Rate vor Überlassung der Sache zu zahlen hatte. Dieses ergibt sich zwangsläufig daraus, daß innerhalb der Mietzeit eine Übergabe der Mietsache nicht mehr stattfinden kann.

Mit der Anwendbarkeit des § 320 im letzten Beispiel machen wir uns, wie schon angedeutet, einer Verletzung des strengen Äquivalenzprinzips, wie es von der herrschenden Lehre bei gegenseitigen Verträgen gefordert wird, schuldig. Nach ihr dürfen, wie unter II ausführlich dargetan werden soll, nur einander wirklich gegenüberstehende Leistungen gegeneinander zurückgehalten werden. Wirklich gegenüber standen sich in diesem Fall aber die Mietzinszahlung und die Gebrauchsgewährung für die ganze Mietzeit, bzw. die erste Rate und die Gebrauchsgewährung im entsprechenden Vertragsabschnitt, nicht aber nur der Anfang der Gebrauchsgewährung, nämlich die Überlassung.

Wie eine derartige Verletzung der strengen Äquivalenz trotzdem zu rechtfertigen ist, soll im folgenden Abschnitt gezeigt werden.

II. Das Prinzip der Äquivalenz im Falle des § 320 bei der Miete

Der vorige Fall bildet den Übergang zu den Durchbrechungen des strengen Äquivalenzprinzips, das oben S. 6 unter II angedeutet worden ist. Zunächst sei der Begriff der äquivalenten Forderung kurz geklärt. Von vornherein ist die Meinung abzulehnen, die auch in der Gegenwart nicht mehr vertreten wird, daß Äquivalenz nur zwischen den Forderungen besteht, die objektiv vollkommen gleichwertig sind[6]. Ein derart mechanisches Erfordernis wird nicht mehr aufgestellt, um zwei Forderungen als äquivalent zu bezeichnen. Man bezeichnet vielmehr diejenigen Forderungen im Sinne der §§ 320 ff. als äquivalent, die zwar nicht nach ihrem objektiven Wertverhältnis einen Gleichwert darstellen, aber bei denen doch jeder der Beteiligten die Vorstellung hat, mit seiner Leistung eine zumindest gleichwertige Gegenleistung einzutauschen. Diese subjektive Ausprägung des Äquivalenzprinzips, bei der eine objektive Rechtfertigung der Vorstellung der Parteien nicht gefordert wird, dürfte die heute vorherrschende Meinung sein.

Demgegenüber weicht Oertmann[7] in der Definition des Äquivalenzprinzips von der üblichen Formulierung ab. Indem er sich gleichwohl für die genannte subjektive Ausgestaltung der Äquivalenztheorie einsetzt, brauchen nach ihm die beiderseitigen

[6] Vgl. Näheres bei Oertmann, „Entgeltliche Rechtsgeschäfte" S. 46.

[7] Oertmann, Vorbem. § 320—327 2.

Leistungen im Sinne der §§ 320 ff. nach der subjektiven Auffassung der Parteien nicht gleichwertig zu sein, sondern sie müssen nach dem Willen der Parteien einen Ausgleich bilden. Es kann sehr wohl sein, daß der Käufer einer Ware weiß, daß er diese viel zu teuer bezahlt, aber sie dennoch kauft, weil er sie eben für das Geld haben will. Da es nicht Aufgabe der Arbeit ist, eine Klärung dieser Grenzfragen im Bereiche des Äquivalenzprinzips herbeizuführen, stellen wir die allgemeine Begriffsbestimmung des Reichsgerichts an dieser Stelle als maßgeblich heraus und bezeichnen diejenigen Forderungen als äquivalent, die bei einem gegenseitigen Vertrage einander gegenüberstehen[8].

Die Geltendmachung der Einrede des nichterfüllten Vertrages setzt nun Äquivalenz der beiderseitig geschuldeten Leistungen im eben erörterten Sinne voraus. Obwohl ein solches Erfordernis im Gesetz nicht zum Ausdruck gelangt ist, wird von der herrschenden Rechtslehre und insbesondere nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts die Einrede aus § 320 bei gegenseitigen Verträgen nur in der Beschränkung auf die sich unmittelbar gegenüberstehenden Leistungen, hier Gebrauchsüberlassung und Mietzins, zugelassen[9]. Will man aber bei der Miete zu billigen Ergebnissen kommen, dann ist, wie die folgenden Beispiele zeigen werden, die Durchbrechung dieser strengen Äquivalenz erforderlich.

Im letzten Beispiel des Abschnittes I hatten wir festgestellt, daß die beiden Leistungen, die nach § 320 zurückgehalten wurden, nicht in dem geforderten Sinne äquivalent waren. Unmittelbar standen sich dort die Gewährung des Mietgebrauches und die Zinszahlung gegenüber, nicht aber nur die Überlassung der Mietsache, die nur den Anfang der Gebrauchsgewährung bildet. Diesem Tatbestand kommt der foglende Sachverhalt am nächsten.

Der Mieter B hat auf unbestimmte Zeit zum monatlichen Zins von 30 RM einen Erntewagen von N gemietet. Der Zins ist jeweils am 1. eines jeden Monats pränumerando zu entrichten. Als innerhalb der Mietzeit am 1. eines Monats der Zins fällig wird, ist am selben Tage ohne Verschulden des B der Wagen schadhaft geworden.

1. Verklagt hier der N den B auf Zahlung von 30 RM, und erhebt dieser die Einrede aus § 320 mit der Begründung, N habe

[8] RGZ 54/125.

[9] Krahmer, a. a. O. S. 82 ff., 88 ff.; Staub, Vorbem. § 373 Anm. 77 S. 691; RGZ 54/125; 65/47; SeuffArch. 65/440; Enneccerus-Lehmann S. 127 Anm. 3 a. A.; Planck-Siber § 320 3 b.

die Pflicht, den Wagen instand zu setzen, dann erreicht B, daß er nur zur Zahlung von 30 RM Zug um Zug gegen Nachbesserung des Wagens verurteilt wird.

2. Verklagt B den N auf Ausbesserung des Wagens, und erhebt letzterer bezüglich der fälligen 30 RM die Einrede, dann wird N zwar zur Ausbesserung, aber nur Zug um Zug gegen Zahlung von 30 RM verurteilt.

Eine entsprechende Lage ergibt sich bei Vorleistungspflicht des Vermieters am Schlusse des Vertrages bzw. des ersten Vertragsabschnittes. Hat beispielsweise N zum monatlichen Zins von 30 RM den Gebrauch des Wagens gegen postnumerando-Zahlung zu gewähren, und wird der Wagen ohne Schuld des B im Laufe des Monats schadhaft, dann ergibt sich folgendes Bild.

3. Verklagt N den B auf Zahlung von 30 RM und erhebt B wegen der ihm nicht ordnungsgemäß gewährten Gebrauchsmöglichkeit die Einrede aus § 320, dann besteht eine dogmatische Schwierigkeit. Nach herrschender Meinung[10] ist dem Beklagten — hier dem B — die Einrede versagt, wenn die Erfüllung der ausstehenden Leistung nicht mehr möglich ist. In unserem Fall ist es tatsächlich dem N nicht mehr möglich, für den verflossenen Monat den vertragsmäßigen Gebrauch zu gewähren. Aus diesem Grunde aber ohne weiteres in jedem Fall dem Mieter B die Einrede zu versagen, geht zu weit. Man übersieht dabei, daß bei zu vertretender Nichtgewährung des Mietsgebrauchs an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung als „gesetzliches" Surrogat der Schadensersatz tritt[11]. Diese Schadensersatzleistung ist grundsätzlich immer möglich. und auf sie kann B sein Einrederecht stützen.

4. Wird umgekehrt N auf Schadensersatz verklagt, so kann dieser unter Berufung auf § 320 den noch ausstehenden Mietzins zurückhalten[12].

Im Falle 3 und 4 standen sich die Leistungen der Parteien. da sich die Dauerleistung des Vermieters N ineine Schadensersatzleistung, also eine Augenblicksleistung, umgewandelt hat, im Sinne strengster Äquivalenz gegenüber. Im Beispiel 1 und 2 war dagegen diese strenge Äquivalenz nicht gewahrt. Die Leistung von 30 RM und die am ersten Tage des Monats zu leistende vertragsmäßige Gebrauchsgewährung standen sich nicht unmittelbar

[10] RG Warn. 1917 Nr. 135; SeuffArch. Bd. 38 Nr. 17; Bd. 40 Nr. 191; Bd. 43 S. 103; Regelsberger, ArchzivPr. 40/266 ff.; vgl. ferner Planck-Siber § 323 III; Enneccerus-Lehmann S. 128 § 33 I 1 a.

[11] Vgl. S. 65, 66 dieser Arbeit.

[12] Die hier evtl. mögliche Aufrechnung hindert die prinzipielle Anwendung des § 320 nicht. Vgl. zum Text Sinzheimer, a. a. O. S. 63.

gegenüber, sondern die 30 RM bildeten die Gegenleistung für die Gebrauchsgewährung während des ganzen Monats. Immerhin handelt es sich hier um Leistungen, die im selben Vertragsabschnitt fällig waren, sich also innerhalb desselben Vertragsabschnittes gegenüberstanden.

Bei den nun zu besprechenden beiden Beispielen wird die Einrede darauf gestützt, daß die Gegenpartei mit einer Leistung im Rückstand ist, die für einen früheren Abschnitt des Vertrages geschuldet war.

5. B hat von N zu monatlichem Zins von 30 RM einen Wagen gemietet. Der Zins ist am Ende eines jeden Monats zu zahlen. Am Ende eines Monats innerhalb der Mietzeit zahlt B nicht. Im Anfang des nächsten Monats wird der Wagen ohne Schuld des B reparaturbedürftig. N wird von B auf Ausbesserung verklagt. Kann B die Ausbesserung verweigern und sich auf die noch vom vorigen Monat ausstehende Zinszahlung des B berufen?

6. B hat von N für 30 RM monatlich den Wagen gemietet. B hat den Zins jeweils am 1. eines jeden Monats pränumerando zu zahlen. Nachdem B am 1. eines jeden Monats die 30 RM gezahlt hat, wird innerhalb dieses Monats der Wagen ohne Schuld des B unbrauchbar. Als N am 1. des folgenden Monats den Zins für den kommenden Monat fordert, verweigert ihn B unter Berufung darauf, daß ihm im vergangenen Monat der vertragsmäßige Gebrauch nicht gewährt worden sei[13].

Aus diesen beiden Beispielen geht hervor, daß B bzw. N ihr Leistungsverweigerungsrecht auf ältere Forderungen stützen, für die sie selbst schon in einem früheren Vertragsabschnitt die Gegenleistung erbracht haben. Das Entgelt für die Leistung, auf die sie im Augenblick verklagt worden sind, ist noch gar nicht fällig. Darauf können sie deshalb, wie unter I. gezeigt worden ist, ihr Einrederecht nicht gründen. Die Forderung des B im Beispiel 5 auf Nachbesserung und die Forderung des N auf Zahlung des Zinses für den früheren Monat stehen sich nicht unmittelbar gegenüber, sie gehören sogar verschiedenen Vertragsabschnitten an. Das Problem läßt sich allgemein folgendermaßen formulieren.

Kann der Mieter oder Vermieter, auf die laufende Zahlung oder die laufende Gebrauchsgewährung verklagt, die Einrede darauf stützen, daß der Vertragsgegner mit einer für einen früheren Vertragsabschnitt fälligen Leistung im Rückstand ist?

Die Ansicht der Autoren, die die Frage bei ähnlich gelagertem Dienstvertrag aufwerfen, ist geteilt. Staudinger-Kober[14] und

[13] Hinsichtlich der Frage der Unmöglichkeit vgl. Beispiel Nr. 3.

[14] Staudinger-Kober § 614.

Lotmar[15] lehnen die Einrede aus § 320 ab und billigen nur das Recht aus § 273 zu, das jedoch durch Sicherheitsleistung abgewandt werden kann. Dagegen wird die Anwendbarkeit des § 320 von Oertmann[16] und Krahmer[17] für diesen Fall bejaht und zwar mit einer Begründung, die geeignet ist, ihre Ansicht zu stützen.

Obwohl der Mietvertrag in einzelne Abschnitte eingeteilt ist, handelt es sich um ein einheitliches Vertragsverhältnis. Die einzelnen Abschnitte sind nicht derart selbständig, daß sie als besondere einzelne Verträge anzusehen sind. Würde man sie derart verselbständigen, daß Leistungen für verschiedene Abschnitte nicht gemäß § 320 zurückbehalten werden können, so würde man das einheitliche Mietverhältnis in eine Vielzahl selbständiger Teilchen zerlegen und von der unrichtigen Annahme ausgehen, daß der in Perioden eingeteilte Mietvertrag nur eine äußerlich verbundene Mehrheit selbständiger Verträge sei. Demnach ist der Grundsatz des Reichsgerichts, daß nur sich wirklich gegenüberstehende Leistungen nach § 320 zurückbehalten werden können, bei Dauerverträgen extensiv auszulegen. Nach dem Sprachgebrauch des Reichsgerichts stehen sich dann bei der Miete auf der einen Seite die Vielzahl der Zinszahlungen und auf der anderen Seite die gesamte Gebrauchsgewährung gegenüber.

Daß die Praxis bei Dauerverträgen dieser Durchbrechung der strengen Äquivalenz huldigt, ergibt sich aus der Judikatur zum Sukzessivlieferungsvertrag, der als Dauerschuldverhältnis anzusprechen ist[18].

Ist bei einem Sukzessivlieferungsvertrag ausbedungen, daß der Käufer die einzelnen Teillieferungen im voraus zu bezahlen hat, so kann der Käufer weitere Vorauszahlungen ohne Verletzung des § 320 Abs. I Satz 1 verweigern, solange sich der Verkäufer mit bereits bezahlten Lieferungen in Verzug befindet[19]. Dieser Grundsatz, auf den gleichgelagerten Mietvertrag übertragen, würde den vorauszahlungspflichtigen Mieter berechtigen, die Vorauszahlung für den folgenden Monat zu verweigern, wenn im vorigen Monat vom Vermieter nicht ordnungsgemäß erfüllt worden ist, und den vorausleistungspflichtigen Vermieter berechtigen, die Nachbesserung der Mietsache zu verweigern, wenn der Mieter mit

---

[15] Lotmar I S. 372.

[16] Oertmann § 320 Ziff. 4; § 614 1 a.

[17] Krahmer S. 89.

[18] RGZ 68/22; 88/254; RG v. 3. 7. 1911 in LZ 1911 S. 842; RG v. 26. 6. 1913 in LZ 1914 S. 283; RG v. 9. 7. 1907 im Recht 1907 Nr. 2520; OLG Breslau v. 10. 12. 1903 im Recht Nr. 151; OLG Dresden v. 24. 1. 1902 in Rspr. Bd. 4 S .222; Oertmann vor § 320 4 S. 265; Müller, GruchBeitr. Bd. 50/518.

[19] ROHG 23/76; Staub, Anh. zu § 374 Anm. 142; vgl. Müller, GruchBeitr. 50/518 Anm. 11.

der Zinszahlung für einen früheren Monat im Rückstand ist. Sind wir aber berechtigt, im Beispiel 5 und 6 den § 320 anzuwenden, dann ist diese Bestimmung in den Fällen 1 bis 4 sicher gegeben, da diese der strengen Form der Äquivalenz noch näher kommen als jene.

In den Fällen 1 bis 6 haben wir eine Abweichung vom strengen Äquivalenzerfordernis angenommen. Damit dürfte im wesentlichen gezeigt sein, in welchem Umfang der § 320 unter Durchbrechung dieses Grundsatzes beim Mietvertrag angewandt wird. Ergänzend sei jedoch ein Beispiel angeführt, auf das der § 320 bei der Miete nur unter besonderen Bedingungen Anwendung findet, um die Grenzen aufzuzeigen, die dem § 320 bei Durchbrechung der strengen Äquivalenz gezogen sind.

7. B hat von N für 30 RM einen Wagen gemietet, der Zins ist am Letzten eines jeden Monats zu zahlen. Am Letzten zahlt B nicht. Von N verklagt, weigert B die Zahlung, da er gegen N einen fälligen Anspruch auf Gebrauchsgewährung für den folgenden Monat hat.

8. Der Rentner R hat für 100 RM monatlich, postnumerando zahlbar, den Gärtner G auf unbestimmte Zeit angestellt. Am Ende des ersten Monats fordert G seinen Lohn. R weigert ihn, weil er gegen G einen fälligen Anspruch auf weitere Dienstleistungen habe.

Abstrakt formuliert, lautet die Frage: Kann der Mieter bzw. Dienstberechtigte die Zins- oder Lohnzahlung am Ende des Monats verweigern, weil er gegen den Vermieter oder Dienstpflichtigen einen Anspruch auf Leistung für den kommenden Monat hat?

Die Ähnlichkeit mit dem auf S. 12 gekennzeichneten Problem tritt deutlich hervor. Die Durchbrechung der Äquivalenz ist genau die gleiche. Infolgedessen hat das Reichsgericht[20] konsequenterweise beim Sukzessivlieferungsvertrag den Grundsatz aufgestellt: „Die Nichtgewährung oder die auf andere Weise geschehene Vertragsverletzung des einen Teiles bezüglich der noch ausstehenden Raten gibt dem anderen Vertragsteile a u c h gegenüber seinen Verpflichtungen aus den von dem ersteren bereits geleisteten Raten die Einrede des § 320, nicht etwa bloß eine Einrede aus § 273".

Ob man jedoch die Durchbrechung der Äquivalenz bei der Miete in jedem Fall zulassen soll, ist mir sehr zweifelhaft. Wenn auch zur Zahlungszeit das Miet- oder Dienstverhältnis noch besteht, und der Mieter oder Dienstherr einen fälligen Anspruch auf

[20] RGZ 68/22; 88/254; Staub, Anh. zu § 374 Anm. 142.

Gebrauchsgewährung bzw. Arbeitsleistung hat, so wird es fraglich sein, ob er um deswillen die Vergütung für die bereits gewährte Gebrauchsüberlassung und für die bereits geleistete Arbeit zurückhalten darf. Würde man beispielsweise dem Dienstgeber dieses Recht zubilligen, dann läge es ja ganz bei ihm, wann er zahlen wollte, da er, solange der Vertrag läuft, stets einen Anspruch auf weitere Leistungen hat. Auf Grund dieser Überlegungen steht die Theorie [21] beim Dienstvertrag auf dem Standpunkt, daß der Dienstberechtigte den Lohn für die geleistete Arbeit nicht um der künftigen Arbeit willen zurückhalten kann, selbst dann nicht, wenn er Grund zu der Annahme hat, daß ihm diese künftige Arbeit nicht geleistet werden wird. Gilt dieses aber auch für die Miete? In der Literatur ist hierzu keine Stellung genommen. M. E. ist bei der Miete die Frage weder konsequent zu bejahen noch zu verneinen, sondern ein Mittelweg dürfte zum angemessenen Ergebnis führen. Hat der Vermieter ordnungsgemäß den Gebrauch gewährt und sind auch keine Anzeichen vorhanden, daß dieses im kommenden Monat anders werden könnte, dann ist dem Mieter mit Rücksicht darauf, daß er am Schluß des Monats einen fälligen Anspruch auf weitere Gebrauchsgewährung hat, die Einrede aus § 320 zu versagen. Würde man in einem solchen Falle dem Mieter das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 zubilligen, dann würde ganz unberechtigterweise die Bestimmung der Zahlungszeit in das freie Belieben des Mieters gestellt. Wenn aber die Gebrauchsgewährung des Vermieters schon mangelhaft war, und er die Abstellung der Mängel für die Zukunft verweigert hat oder dem Mieter erklärt, für den kommenden Monat die Gebrauchsgewährung nicht mehr vertragsmäßig vornehmen zu wollen, so daß in beiden Fällen damit zu rechnen ist, daß im nächsten Monat eine vertragsmäßige Gebrauchsgewährung nicht stattfinden wird, dann dürfte es angebracht sein, dem Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 zu geben, um dadurch die Abstellung oder Verhütung zukünftiger mangelhafter Leistung zu erzwingen. Insoweit wird der im RGZ 68/22 beim Sukzessivlieferungsvertrag zum Ausdruck gelangte Grundsatz auch auf die Miete anwendbar sein.

Im Abschnitt I hatten wir die Fälle erörtert, die auf Grund der Vorleistungspflicht einer Partei nicht unter § 320 fielen. Im Abschnitt II haben wir unter 1 bis 6 die Tatbestände behandelt, in denen unter Durchbrechung der strengen Äquivalenz § 320 anwendbar war, um in den Beispielen 7 und 8 die Grenzen dieser Äquivalenzdurchbrechung zu bestimmen.

[21] Sinzheimer S. 64; Lotmar I S. 431; Oertmann § 320 4.

Der Vollständigkeit halber seien jetzt zwei Beispiele gebracht, die strenggenommen nicht die Problemstellung der Abschnitte I und II berühren, sondern natürliche Anwendungsfälle des § 320 sind.

9. B hat von N für 30 RM monatlich den Wagen gemietet, der Mietzins ist postnumerando zu zahlen. Klagt N gegen B bei Beginn der Miete oder am Anfang eines Monats während der Mietzeit auf Zinszahlung für den laufenden Monat, und erhebt B die Einrede des nichterfüllten Vertrages, so wird N mit der Klage abgewiesen. Die Abweisung der Klage erfolgt zwar nur zur Zeit. Später, nach Ablauf des Monats, kann er noch einmal klagen, denn über den Anspruch selbst ist nicht rechtskräftig entschieden (§ 320 Abs. II ZPO). Eine Verurteilung Zug um Zug konnte hier nicht erfolgen, denn N hatte vorzuleisten. Auch eine Verurteilung des B auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung (§ 322 Abs. II BGB.) war nicht zu erzielen, weil Annahmeverzug des B nicht vorliegt[22].

10. B hat von N für 30 RM den Wagen gemietet. Vor Überlassung des Wagens ist der Zins zu zahlen. Klagt nun der B, ehe er selbst gezahlt hat, auf Überlassung des Wagens, und erhebt N die Einrede aus § 320, dann wird, wie im Beispiel 9 gezeigt worden ist, B mit der Klage abgewiesen[23]. Bei diesen letzten beiden Beispielen ist es jedoch nicht unbestritten, ob es zur Abweisung der Klage überhaupt der Einrede des nichterfüllten Vertrages bedarf, weil u. U. die Klage von Amts wegen abzuweisen sei und zwar deshalb, weil der Anspruch des Vorleistungspflichtigen noch nicht fällig sei.

Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten. Die Behauptung, daß die Forderung des Vorleistungspflichtigen erst nach Erbringung seiner eigenen Leistung fällig sei, steht mit § 324 in Widerspruch. Wenn durch Schuld des Klägers die Leistung des Vorleistungspflichtigen unmöglich wird, dann kann dieser trotz seiner Vorleistungspflicht den Anspruch durchsetzen, obwohl der Fälligkeitstermin, der an sich nach seiner eigenen Leistung eintritt, überhaupt nicht eintreten kann. Überdies ist es auch nicht einzusehen, warum die Klage des Vorleistungspflichtigen von Amts wegen abzuweisen ist, wenn der Beklagte sich gar nicht auf die Vorleistungspflicht des Klägers beruft[24].

Damit dürften die denkbaren Tatbestände, die das Problem der Vorleistung und der Äquivalenz bei der Miete betreffen, im wesentlichen erschöpft sein.

[22] Siber, Schuldrecht S. 277; vgl. Sinzheimer S. 63/64.

[23] Vgl. vorige Note.

[24] Im wesentlichen so Oertmann § 320 I; Planck-Siber § 320 1 b; Sinzheimer S. 63/64; Siber S. 277.

III. Das Verhältnis von § 537 und § 320 für die Einrede des Mieters

Haben wir im Vorstehenden die oben auf S. 6 unter I und II genannten Probleme, die sich aus der Dauernatur des Vertrages ergaben, geklärt, so bleibt nur noch das Verhältnis des § 320 zu der speziellen mietrechtlichen Bestimmung des § 537 zu erörtern. Die Anwendbarkeit des § 320 setzt das Bestehen zweier synallagmatischer Forderungen voraus. Gemäß § 537 wird aber der Mieter, wenn die vermietete Sache während der vereinbarten Mietzeit oder eines Teiles derselben mit einem Mangel behaftet ist, gänzlich oder teilweise kraft Gesetzes von der Entrichtung des Mietzinses befreit. Der Vermieter verliert den Anspruch auf den Mietzins unmittelbar kraft Gesetzes. Deshalb ist nach Oertmann[25] und Kohler[26] die Einrede des § 320 für den Mieter insoweit als überholt anzusehen, als § 537 den Mieter ganz oder teilweise von seiner Leistungspflicht befreit.

Diese Schlußfolgerung erscheint im ersten Augenblick bestechend. Bei näherer Betrachtung wird sie jedoch der Stellung des Mieters nicht gerecht. Wie auf S. 25 ff. dieser Arbeit eingehend dargestellt wird, besteht die Aufgabe der §§ 535 ff. vor allem darin, die Befugnisse des Mieters gegenüber den allgemeinen Vorschriften der §§ 320 ff. zu erweitern. Sofern jedoch die Rechtsfolgen der §§ 320 ff. für den Mieter günstiger sind, soll es ihm unbenommen sein, sich auf diese zu berufen. Eine Erweiterung der Rechte des Mieters sieht § 320 gegenüber § 537 aber in doppelter Richtung vor, einmal hinsichtlich der prozessualen Geltendmachung, zweitens bezüglich der Rechtsfolgen.

Prozessual liegt die Vergünstigung des § 320 für den Mieter in der Beweislast. Beruft sich der Mieter, wenn er auf die Bezahlung des Mietzinses belangt wird, auf § 537, indem er erklärt, daß seine Zahlungspflicht durch Mängel der Mietsache kraft Gesetzes gemindert oder weggefallen sei, dann hat diese rechtsvernichtenden Tatsachen nach h. M.[27] der Mieter zu beweisen. Für diese Beweislastverteilung spricht der Wortlaut der Bestimmung. Die Befugnisse des Mieters sind in die Form einer Befreiung gebracht. Die Voraussetzungen dieser Befreiung hat der Mieter zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen. Diese Auffassung dürfte auch mit der von Stölzel verfochtenen Leugnungstheorie in Einklang stehen, denn zur Begründung des Anspruchs

[25] Oertmann, Vorbem. § 535 5 b aa.

[26] Kohler § 97 II S.260.

[27] Planck-Siber § 537 Erl. 6; Staudinger-Kober § 537 II 5; Oertmann § 537, 10; Enneccerus-Lehmann § 127 III 1 b; OLG Karlsruhe v. 20. 2. 1901 in Rspr. 2 S. 479; Mittelstein S. 286.

des Vermieters auf den Mietzins gehört nur der Nachweis des Mietvertrages und der Fälligkeit des Zinses[28]. Macht der Mieter also geltend, daß die Mietsache mangelhaft sei, dann leugnet er nicht den Klagegrund, für den nach der Leugnungstheorie der Vermieter beweispflichtig wäre, sondern in dem Vorbringen des Mieters liegt eine den Zinsanspruch aufhebende Tatsache, die der Mieter beweisen muß. Überdies spricht für die Beweislastverteilung der h. L. die entsprechende Regelung beim § 323[29]. Behauptet der Mieter von der Zinszahlungspflicht ganz oder teilweise befreit zu sein, weil dem Vermieter die vertragsmäßige Gebrauchsgewährung unmöglich geworden sei, dann trifft ihn für diese Behauptung die Beweislast[30]. Es ist für den Zweck dieser Arbeit müßig, die Umkehrung der Beweislast auf dem Boden der Leugnungs- oder Exzeptionstheorie durch logische Deduktion zu begründen. Für den Zweck dieser Untersuchung ist es hinreichend festzustellen, daß nach der h. L. der Mieter die Mängel der Mietsache nachzuweisen hat, gleichgültig, ob die Mietsache sich beim Vermieter oder Mieter befindet, sofern er Befreiung von der Zahlungspflicht gemäß § 537 geltend macht.

Beruft sich aber der Mieter nicht auf die ihn von der Zahlungspflicht befreiende Bestimmung des § 537, sondern erhebt er nur gemäß § 320 die Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrages, die ihn zwar von der Zahlung nicht befreit, sondern ihm nur ein zeitlich begrenztes Leistungsverweigerungsrecht gibt, dann belastet er sich nicht mit dem Beweise der Mängel, es sei denn, daß die gleich zu besprechende Bestimmung des § 363 Platz greift. Die Einrede aus § 320 hat die Eigentümlichkeit, daß der Mieter, wenn er sie vorbringt, ihre Voraussetzungen nicht zu beweisen braucht[31]. In diesem Fall ist es Sache des Vermieters, sofern er mit seiner Klage auf Zahlung des vollen Mietzinses durchdringen will, die eigene vertragsmäßige Gebrauchsgewährung nachzuweisen. Diese Beweislastverteilung gilt aber nur, solange der Mieter die Mietsache nicht als Erfüllung angenommen hat (§ 363). In diesem Falle kehrt sich die Beweislast um. Die Anwendbarkeit des § 363 auf die Miete unterliegt keinem Bedenken. Dieses ergibt sich aus der Stellung im System des Gesetzes. § 363 befindet sich in dem auf alle Schuldverhält-

[28] Planck-Siber § 537, 6; a. A. Fuld, Beweislast S. 453/54.

[29] Bezüglich der Verwandtschaft dieser beiden Bestimmungen, die auf demselben Grundgedanken beruhen; vgl. S. 24 ff. dieser Arbeit.

[30] Staudinger-Werner § 323 IV 1 u. 2; Planck-Siber § 323 1; Regelsberger S. 170; vgl. auch Tumpowsky S. 22 ff.

[31] Staudinger-Werner, Vorbem. 2 zu § 320 ff., 7./8. Aufl. 1912; Enneccerus-Lehmann § 32 III 2 S. 126.

nisse anwendbaren dritten Abschnitt des zweiten Buches des BGB. Aber auch nach seinem allgemeinen Inhalt ist § 363 auf alle Schuldverhältnisse, bei denen überhaupt die Annahme einer als Erfüllung angebotenen Leistung vorkommen kann, zulässig[32]. Wann aber eine derartige Annahme als Erfüllung, die eine Umkehr der Beweislast zuungunsten des Mieters mit sich bringt, vorliegt, ist Tatfrage. Der Vermieter hat jedoch den Beweis der Erfüllungsannahme geführt, wenn er Tatsachen beweist, die unter normalen Umständen als Erfüllung erscheinen[33]. Weist der neue Mieter derartige Tatsachen nach, dann steht in der Tat der Mieter hinsichtlich der Beweislast nicht günstiger als im Falle des § 537. Es gibt aber genügend Fälle, in denen die Umkehr der Beweislast durch § 363 nicht eintritt. Hierhin gehören zunächst alle die Tatbestände, in denen eine äußerliche Annahme der Mietsache überhaupt nicht vorliegt, z. B. der Mieter sich infolge der Mängel geweigert hat, die Wohnung zu beziehen. Aber auch wenn der Mieter eingezogen ist, kommt es maßgeblich auf die Zeitdauer an, die zwischen Einzug und Erhebung der Einrede verstrichen ist. Wenn der Mieter in den ersten Tagen nach dem Einzug einen Mangel geltend macht, dann kann man nicht sagen, daß der Mieter die Wohnung vorbehaltlos als Erfüllung angenommen hat[34]. Aber selbst längere Zeit nach der äußerlichen Annahme der Mietsache kann diese nicht als Erfüllungsannahme gedeutet werden, wenn der Mieter bei der Übergabe seinen Vorbehalt ausdrücklich erklärt hat[35]. In den aufgezählten Beispielen tritt eine Umkehr der Beweislast nach § 363 nicht ein, es verbleibt vielmehr bei der ursprünglichen Beweislast des Vermieters. Bezüglich der prozessualen Geltendmachung der Mängel steht der Mieter in diesen Fällen also besser, wenn er sich des § 320 bedient und sich nicht auf § 537 beruft.

Die prozessuale Vergünstigung, die § 320 dem Mieter gegenüber dem § 537 gewährt, ist nur dann gegeben, wenn man sich auf den Boden der herrschenden Lehre stellt, die den Mieter im Fall des § 537 mit dem vollen Beweise belastet. Schließt man sich aber der Gegenmeinung[36] an, die grundsätzlich dem Vermieter den Beweis der vertragsgemäßen Erfüllung auferlegt und nur für nachträglich entstandene Fehler oder nachträglichen Wegfall zugesicherter Eigenschaften den Mieter als beweispflichtig erklärt, dann

[32] Oertmann § 363 III; Fuld, Beweislast S. 456; Tumpowsky S. 26; RG in GruchBeitr. Bd. 55 S. 87.

[33] André S. 74.

[34] Fuld, Beweislast S. 456.

[35] Planck zu § 363 1.

[36] Fuld, Beweislast S. 452 ff.; Tumpowsky S. 22 ff.; Dernburg II § 219 I 1.

entfällt der prozessuale Vorteil. Behauptet z. B. der Mieter, die Mangelhaftigkeit habe schon bei der Übergabe bestanden, dann ist nach dieser Ansicht der Vermieter beweispflichtig. Nur wenn der Mieter behauptet, daß der Mangel nach Übergabe aufgetreten sei, trifft ihn die Beweislast. Diese Beweislastverteilung würde aber derjenigen nach §§ 320, 363 im wesentlichen entsprechen. Bei einer solchen Auffassung bleibt nur der im folgenden zu besprechende Vorteil bezüglich der materiell-rechtlichen Folgen bestehen.

Beispiel: Der V hat dem M vom 1. 1. 1937 ab ein Ladenlokal vermietet. Der Mietzins beträgt monatlich 100 RM und ist pränumerando zu zahlen. V hat dem M den Einbau einer Ventilationsanlage bis zum 1. 1. 1937 zugesichert. Am 1. 1. 1937 befindet sich das Lokal im gebrauchsfähigen Zustand, nur die Ventilationsanlage fehlt. Am Einzugstage verlangt V die 100 RM für die erste Mietperiode. Beruft sich nunmehr M auf § 537, dann ist er beim Gelingen des Beweises befugt, den Zins zu mindern. Nehmen wir an, daß durch das Fehlen der Ventilation der Gebrauchswert um die Hälfte gemindert ist, dann ist M nur verpflichtet, 50 RM zu zahlen. Legt M aber Wert darauf, den Laden mit der zugesicherten Anlage zu erhalten, dann kann er gemäß § 536 gegen V auf Erfüllung klagen. Er kann aber auch nach § 320 vorgehen. Denn der Sinn dieser Bestimmung geht dahin, nicht nur die Gegenforderung des Beklagten zu sichern und der Unbilligkeit zu begegnen, die in dem Verlangen der 100 RM ohne eigene vertragsmäßige Leistung liegt, sondern mit Hilfe des § 320 soll auf den Kläger ein Druck ausgeübt werden, selbst vertragsgemäß zu leisten. In unserm Beispiel wäre M also befugt, nicht nur 50 RM, sondern den ganzen Mietzins zurückzuhalten, um dadurch den V zum Einbau der Ventilation zu bewegen[37], sofern dieses nicht gegen die Billigkeit verstoßen würde[38]. Diese zeitweilige Zurückbehaltung des ganzen Mietzinses bedeutet insofern gegenüber der nur teilweisen endgültigen Befreiung (§ 537) für den Mieter einen Vorteil.

Mit diesen Ausführungen ist gezeigt, daß der § 320 für den Mieter in doppelter Hinsicht eine Vergünstigung bedeutet. Nach der oben S. 17 herausgestellten Ansicht des Reichsgerichts[39] ist dem Mieter dann eine Berufung auf die allgemeinen Bestimmungen der §§ 320 ff. nicht zu versagen, wenn durch sie im Einzelfall der Mieter günstiger als durch die §§ 535 ff. gestellt

[37] Vgl. insbes. die Ausführungen auf S. 15 d. Arbeit.

[38] Vgl. Mittelstein S. 216; RGZ 68/17.

[39] RGZ 62/228.

wird. Aus diesem Grunde ist die Behauptung Mittelsteins[40] innerlich begründet, daß dem Mieter die Rechte des § 537 offen stehen, daß er aber nicht notwendig nur auf sie angewiesen ist. Wäre dies der Fall, dann bedeuteten die §§ 535 ff. unter Umständen nicht eine Erweiterung, sondern eine Verkürzung der Rechte des Mieters, die dem Sinne des Gesetzes und der Ansicht des Reichsgerichts widersprechen würde. Kann sich also der Mieter auf § 320 stützen, d. h. zunächst von dem Bestehen seiner eigenen Zahlungspflicht ausgehen, dann ist das Synallagma seiner Forderung mit der des Vermieters gewahrt. Daß § 537 den § 320 nicht ausschließt, entspricht auch der h. L. und Praxis[41], indem diese aus den §§ 535, 536 die Berechtigung der Einrede logisch deduzieren. Nach §§ 535, 536 habe der Vermieter die Verpflichtung, die Mietsache dem Mieter in einem vertragsmäßigen Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in ihm zu erhalten. Dieser Verpflichtung entspreche der Anspruch des Mieters auf Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs. Diesen Anspruch könne der Mieter aber nicht nur angriffsweise durch Klage, sondern auch im Wege der Einrede geltend machen.

§ 5

Die Einrede bei Vermögensverschlechterung

Die Anwendung des § 321 auf die Miete, auf die er besonders zugeschnitten zu sein scheint, da mit ihr eine Vorleistungspflicht stets verbunden ist, kann nicht zweifelhaft sein[1]. Wie oben[2] gezeigt worden ist, tritt die Vorleistung einer Partei nicht nur bei Beginn des Vertrages in die Erscheinung, sondern sie setzt sich auch innerhalb der Mietzeit fort, sofern diese in Perioden eingeteilt und der Zins in Raten zu entrichten ist. Deshalb gewinnt auch § 321 während der Mietzeit Bedeutung, z. B. wenn der Mieter postnumerando monatlich pünktlich seinen Mietzins zahlt, und im Anfang eines neuen Monats eine sehr kostspielige Reparatur notwendig wird. Ist dann durch einen Vermögensverfall des Mieters die Zinszahlung am Ende des laufenden Monats gefährdet, so kann sich der Vermieter auf Vornahme der Ausbesserung ver-

[40] Mittelstein S. 215.

[41] Staudinger-Kober § 536 a 2; Dernburg § 219 I 1; Mittelstein S. 215; RG in JW 1906/333; OLG Dresden v. 7. 6. 1906 in Rspr. 13 S. 356.

[1] Staudinger-Kober zu § 551 I c; RG v. 21. 5. 1909 im Recht 1909 Nr. 1980; Mittelstein S. 217.

[2] Siehe S. 7 dieser Arbeit.

klagt, mit Hilfe des § 321 verteidigen[3]. Abweichend von § 320 kann aber hier die Einrede durch Sicherheitsleistung entkräftet werden. Diese Sicherheitsleistung hat nach den §§ 232 ff. zu geschehen[4]. Da diese Sicherheit gemäß § 232 durch Verpfändung beweglicher Sachen geleistet werden kann, entsteht für die Grundstücksmiete die Frage, ob der Mieter die Einrede des Vermieters aus § 321 mit dem Hinweis darauf entkräften kann, daß der Vermieter schon durch sein gesetzliches Pfandrecht aus § 559 BGB. die mit § 321 erstrebte Sicherung besitze. Nach dem Buchstaben des § 232 handelt es sich zwar nicht um eine rechtsgeschäftliche Verpfändung, sondern um ein Pfandrecht, das kraft Gesetzes entsteht. Es würde aber engherzig sein, aus diesem Grunde die durch das gesetzliche Vermieterpfandrecht entstandene Sicherheit nicht als ausreichend anzusehen, weil sie nicht durch rechtsgeschäftliche Verpfändung erfolgt ist. In § 1257 ist bestimmt, daß die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung finden. Nach dem Zweck des § 232 kommt es aber nicht auf die Art und Weise der Entstehung des Pfandrechts an, sondern auf die durch das einmal entstandene Pfandrecht verbürgte Sicherheit. Diese ist aber gemäß § 1257 beim gesetzlichen Pfandrecht die gleiche wie beim Vertragspfandrecht. Es ließe sich hier einwenden, daß bei einer rechtsgeschäftlichen Verpfändung infolge der Übergabe der Pfandsache die tatsächliche Sicherung des Gläubigers größer sei. Hierzu ist jedoch zu sagen, daß auch beim Vertragspfand, sofern der Verpfänder nur mittelbarer Besitzer ist, Verschaffung des mittelbaren Besitzes und Anzeige an den Besitzmittler von der Verpfändung genügt, um eine Sache zu verpfänden. Auch hier hat dann der Gläubiger nicht den unmittelbaren Besitz, also nicht die Sicherheit, die ihm sonst die Übergabe verschafft. Aus diesen Erwägungen heraus ist dem Mieter gegenüber der Einrede des Vermieters aus § 321 der Hinweis auf die durch die eingebrachten Mietsachen geleistete Sicherheit zu gestatten[5].

Ist jedoch der Mieter noch nicht eingezogen, so ist sein Versprechen allein, er werde genügend Sachen einbringen, natürlich keine hinreichende Sicherheitsleistung.

Zum Umfang der Sicherheitsleistung ist zu sagen, daß sie nicht für den Mietpreis, der der gesamten Mietzeit entspricht, geleistet zu werden braucht, sondern nur für den Zeitraum bis

[3] Mittelstein S. 217.

[4] Planck-Siber § 321 a; Staudinger-Werner § 321 II 1; Oertmann § 321 5 c.

[5] Vgl. Mittelstein S. 217; Borcherdt S. 36.

zur nächsten Kündigung. Es würde unbillig sein, für eine längere Zeit vom Mieter Sicherheit zu verlangen; denn der Vermieter hat es ja in der Hand, sich vom Vertrage bis dahin frei zu machen, wenn er das Risiko nicht mehr tragen will. Kündigt der Vermieter aber nicht, dann zeigt er damit, daß er mit dem Mieter, obgleich sich dessen wirtschaftliche Lage verschlechtert hat, das Mieterverhältnis fortsetzen will[6].

Damit sind die Befugnisse des Vermieters aus § 321, für den sie in erster Linie in Frage kommen, zwar erschöpft, aber seiner Interessenlage ist noch nicht genügt. Der Vermieter ist zwar berechtigt, die vorherige Einräumung der Mietsache im Fall des § 321 zu verweigern, er bleibt aber weiterhin an den Vertrag gebunden. Sobald der Mieter zahlt bzw. Sicherheit leistet, muß ihm die Mietsache zur Verfügung gestellt werden. In dieser ungewissen Zwischenzeit aber ist dem Vermieter eine anderweitige Benutzung der Mietsache schlecht möglich und der Mietzins für ihn möglicherweise verloren. Vermietet er sie an einen Dritten, so setzt er sich den etwaigen Schadensersatzansprüchen des nunmehr leistungswilligen Erstmieters aus. In solchen Fällen kann dem Vermieter nur daran gelegen sein, vom Vertrage loszukommen.

Einen Weg dazu eröffnet ihm § 321 nicht. Nach einer feststehenden Rechtsprechung[7] erhält die vorleistungspflichtige Partei aus § 321 kein Rücktrittsrecht. Ferner bewirkt der § 321 nicht, daß an die Stelle der Vorleistungspflicht des Vermieters eine Pflicht zur Leistung Zug um Zug gegen die Leistung bzw. Sicherheitsleistung des Mieters tritt[8]. Aus diesem Grunde kann der Vermieter den Mieter durch Aufforderung zur Zinszahlung bzw. Sicherheitsleistung nicht in Leistungsverzug setzen[9]. Damit entfällt die Möglichkeit, dem Mieter nach § 326 eine angemessene Frist zu setzen, innerhalb der er leisten oder Sicherheit bringen soll und nach deren Ablauf zurückzutreten[10].

Um dem dringenden Bedürfnis des Vermieters, der seine Mietsache nutzlos ruhen hat, abzuhelfen, ist diesem nur anzuraten, für den Fall der Vermögensverschlechterung des Mieters ein Rücktrittsrecht zu vereinbaren, und häufig wird in den krassesten Fällen ein solches Rücktrittsrecht stillschweigend von den

[6] Mittelstein S. 218; Borcherdt S. 36.

[7] OLG Hamburg v. 14. 10. 1902; SeuffArch. 59 Nr. 54 S. 94; RGZ 50 S. 257; 54/358.

[8] RGZ 51/170 ff.; 53/64; weitere Angaben bei Planck-Siber § 321 b; Oertmann § 321 5 b.

[9] Siehe vorige Anm.

[10] Für die Anwendung des § 326 Oertmann § 321 5 b; Dernburg § 173 I S. 26.

Parteien vereinbart sein[11]. Einer derartigen stillschweigenden Vereinbarung eines Rücktrittsrechtes bedarf es aber in den Fällen nicht, in denen aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage dem Vermieter ein Rücktrittsrecht zusteht. Hat beispielsweise lediglich das Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit des Mieters den Vermieter davon abgehalten, diesen Umstand als Bedingung ausdrücklich in den Vertrag aufzunehmen und ist ferner dem Mieter bei Abschluß des Vertrages erkennbar geworden, daß seine Zahlungsfähigkeit von grundlegender Bedeutung war, dann ist nach der Formulierung von Lehmann[12] dem Vermieter ein Rücktrittsrecht zuzubilligen. Dabei ist vorausgesetzt, daß sich der Mieter mit Rücksicht auf den Vertragszweck auf die Aufnahme seiner Zahlungsfähigkeit als Vertragsbedingung, falls man die Unsicherheit dieses Umstandes ernsthaft in Betracht gezogen hätte, eingelassen hätte oder sich redlicherweise hätte einlassen müssen.

Jedenfalls geht aber die Ansicht Laubhardts[13] zu weit, der dem Vermieter beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 321 stets ein Rücktrittsrecht einräumen will, sofern die Verweigerung der Leistung nicht ausreicht, um ihn gegen die Gefährdung des Anspruchs auf die Gegenleistung zu schützen. Der Vermieter muß sich darüber klar sein, daß mit jeder Vorleistungspflicht Gefahr und Verlust verbunden sein können, und es liegt an ihm, dieses Risiko durch geeignete Vertragsabreden zu vermeiden.

In der Regel der Fälle steht ihm auch das Kündigungsrecht des § 554 zur Seite, so daß praktisch nur der Verlust von zwei Mietzinsraten zu erwarten ist. Das kann natürlich ein beträchtlicher Verlust sein, der aber nun einmal mit der abdingbaren Vorleistungspflicht verbunden ist.

§ 6

Vom Vermieter und Mieter nicht zu vertretendes Unmöglichwerden der Leistung

I. § 323 I und § 537

Sowohl im § 323 I wie auch in der speziellen Bestimmung des § 537 ist derselbe Grundgedanke niedergelegt. Wenn der Vermieter infolge von Mängeln der Sache (Fehler oder Fehlen zu-

[11] Vgl. RGZ 65/188.

[12] Enneccerus-Lehmann § 41 II 4 S. 162.

[13] Laubhardt, a. a. O. S. 251.

gesicherter Eigenschaften) dem Mieter den vertragsgemäßen Gebrauch nicht gewähren kann, dann ist der Mieter kraft Gesetzes ganz oder zum Teil von der Zahlung des Mietzinses befreit. Beruht die nicht vertragsgemäße Gebrauchsgewährung nicht auf Mängeln der Mietsache, sondern auf einem Umstand, der dem Vermieter die ordnungsgemäße Leistung unmöglich macht, dann entfällt gleichfalls kraft Gesetzes für den Mieter ganz oder teilweise die Zahlungspflicht. Es erhebt sich jetzt die Frage, wann die Zahlungspflicht des Mieters infolge eines Mangels der Mietsache, und wann sie infolge der Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung fortfällt.

Aufschluß gibt uns zunächst der Wortlaut des § 537, der von Fehlern der Mietsache spricht. Ein Fehler aber haftet nach natürlichem Sprachgefühl dem Sachkörper selbst an, setzt also zumindest voraus, daß der Mietgegenstand substanzmäßig noch besteht. Ist aber die Mietsache selbst untergegangen, dann liegt nicht mehr ein Fehler der Sache vor, sondern in diesem Fall ist die Leistung unmöglich geworden. Dies ist ein Tatbestand, der der Anwendung des § 537 entzogen ist[1]. Desgleichen dürfte es dem gesunden Sprachempfinden nicht entsprechen, äußere Umstände, die es dem Vermieter unmöglich machen, dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch zu gewähren, und die als außerhalb der Sache liegend diese substanzmäßig nicht berühren, als Fehler der Mietsache zu bezeichnen[2]. Zu diesen äußeren Umständen dürften Eingriffe dritter Personen, Naturereignisse und Anordnungen der Staatsgewalt gehören[3].

Da hiernach die §§ 537 ff. in erster Linie nur Fragen der gehörigen Erfüllung aus dem Rechte der Gewährleistung regeln, hinsichtlich der Unmöglichkeit der Erfüllung jedoch keine Regelung treffen, so ist diese Lücke in den speziellen Vorschriften durch Heranziehung der allgemeinen Bestimmung des § 323 I zu schließen.

Aber nicht nur die wörtliche Auslegung der beiden Bestimmungen, unter Berücksichtigung des üblichen Sprachgebrauches, weist ihnen verschiedene Tatbestände zu, sondern die selbständige Anwendbarkeit des § 323 I ist innerlich nach der ratio des Gesetzes begründet. Schon die flüchtige Einzelbetrachtung der §§ 537 ff. läßt die Tendenz des Gesetzgebers erkennen, nicht nur klar und bestimmt[4] die Rechte des Mieters zu umreißen, sondern dieselben in einzelnen Beziehungen zu erweitern.

---

[1] RGZ 62 S. 228 Nr. 56.

[2] RGRKomm. § 537, 1.

[3] OLG Marienwerder v. 29. 9. 1904; Rspr. 10 S. 165; RGZ 89 S. 203.

[4] Vgl. Mot. II S. 375.

Gemäß § 538 hat der Mieter einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn ein Mangel „der in § 537 bezeichneten Art" schon beim Vertragsabschluß vorhanden war. Dieser Haftungsgrund entfernt sich am meisten von den allgemeinen Regeln und bedeutet unter Durchbrechung des Verschuldensprinzips eine Erweiterung der Rechte des Mieters dahin, daß die Haftung des Vermieters nicht durch sein Verschulden bedingt ist[5]. Desgleichen steht dem Mieter ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 538 zu, wenn der Mieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug kommt. Diese Sondervorschrift bedeutet insofern eine Erweiterung der Rechte des Mieters, als sie ihm die nach § 326 erforderliche Fristsetzung erspart.

Eine erweiterte Regelung hat auch das Rücktrittsrecht bei der Miete im § 542 gefunden. Zunächst tritt hier die Kündigung an die Stelle des Rücktritts. Dieses Kündigungsrecht ist aber sowohl bei nicht rechtzeitiger Gewährung als auch bei nachfolgender Wiederentziehung des Gebrauchs der Mietsache gegeben. Hierbei wird auch nicht unterschieden, ob die Nichterfüllung des Vermieters auf Sach- oder Rechtsmängeln oder sonstigen Umständen beruht, oder auf Tatsachen, die bei Abschluß des Vertrages schon bestanden haben oder die nachträglich eingetreten sind. Schließlich ist es für die Regelung des § 542 gleichgültig, ob die Nichterfüllung des Vermieters von diesem verschuldet ist oder nicht[6].

Das Reichsgericht verleiht dieser deutlich in die Erscheinung tretenden Tendenz des Gesetzes, die Rechte des Mieters durch die besonderen Regeln zu erweitern, in seiner Entscheidung, RGZ 62 S. 225 ff. in folgender Form Ausdruck:

> „Die Absicht bei Aufnahme der besonderen Bestimmungen in das Gesetzbuch ging im allgemeinen dahin, die Rechte des Mieters hinsichtlich der Befreiung von der Gegenleistung oder auf Minderung derselben, auf Rücktritt von dem Vertrage und auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht nur klarer und bestimmter zum Ausdruck zu bringen, sondern diese Rechte in einzelnen Beziehungen zu erweitern."

Das Reichsgericht hat in dieser Entscheidung den vorgetragenen Grundsatz konsequent durchgeführt. Sofern die spezielle Regelung für den Mieter einen Vorteil bedeutet, erfahren diese Bestimmungen Anwendung. Steht dagegen der Mieter in einem Fall durch Berufung auf § 323 I rechtlich besser, dann wendet das

[5] Vgl. Enneccerus-Lehmann § 127 III 2 a S. 461.

[6] Vgl. Schöller S. 269.

Reichsgericht diese Bestimmung an, um dem Sinn des Gesetzes zum Siege zu verhelfen. Dieser Ansicht der Rechtsprechung ist beizustimmen[7]. Sie ergibt sich zwangsläufig durch Auslegung des Gesetzes und ist rechtspolitisch wünschenswert, weil sie geeignet ist, den Mieter als den zumeist wirtschaftlich schwächeren Vertragsteil zu stützen. Hinzuzufügen ist nur noch, daß nicht allein die Erweiterung der Rechte des Mieters für die Anwendbarkeit des § 323 I maßgebend sein kann, sondern daß seine Anwendung in gleicher Weise von seiner Eignung für die Miete als Dauerschuldverhältnis abhängt.

Wie unsere Ausführungen auf S. 30 dieser Arbeit zeigen sollen, stellt § 323 I in gewisser Hinsicht den Mieter rechtlich günstiger. Damit ist die selbständige Anwendbarkeit des § 323 I neben § 537 nicht nur durch sinnentsprechende Auslegung des Wortlautes dieser Bestimmungen gerechtfertigt, sondern der Sinn des Gesetzes, der mit der Anwendung des § 323 I weitergehende Rechtsfolgen erstrebt, unterstützt diese Auslegung und weist somit dieser Bestimmung einen selbständigen Wirkungskreis zu. Daß die §§ 537, 542 als Spezialgesetze den § 323 I nicht völlig absorbieren, ist auch die durchaus herrschende Rechtsansicht[8].

II. § 323 I erster Halbsatz: Nicht zu vertretendes gänzliches Unmöglichwerden

Wann liegt bei der Miete als Dauerschuldverhältnis eine vollkommene Unmöglichkeit der Leistung des Vermieters vor?

Es geht, wie schon oben angedeutet, über die Aufgabe der Arbeit hinaus, den Begriff der Unmöglichkeit und des Unvermögens im Sinne des § 323 I erster Halbsatz und die offenen und z. T. ungelösten Streitfragen zu dieser Frage hier zu behandeln[9].

Wir stellen hier nur die gesetzliche Folge fest, daß der Vermieter bei zufällig eintretender nachträglicher gänzlicher Unmöglichkeit, mag es sich um eine objektive Unmöglichkeit oder nur um sein Unvermögen handeln, von seiner Leistungspflicht frei wird, dafür aber auch den Anspruch auf den Mietzins verliert.

Die Frage der vollkommenen oder teilweisen Unmöglichkeit erfährt bei der Miete im Gegensatz zu den vorübergehenden Schuldverhältnissen eine Erweiterung. Wie schon erwähnt, ist der

---

[7] Vgl. RGRKomm. § 323, 1.

[8] Schöller, GruchBeitr. 46 S. 267; v. Gierke, JherJahrb. 64 S. 392 Anm. 64; Mittelstein S. 228; Dernburg II § 225 III; Borcherdt S. 57; Brückner S. 66; Krahmer S. 133; a. A. Niendorff S. 131.

[9] Über den Begriff der Unmöglichkeit und des Unvermögens s. Oertmann, Vorbem. zu §§ 275—283; Planck-Siber, Vorbem. zu §§ 275—292 und die an diesen Stellen verzeichnete Literatur.

Mietvertrag als Dauerschuldverhältnis auf die fortlaufende, gleichmäßige Gebrauchsgewährung, die sich über einen Zeitraum hin erstreckt, gerichtet. Dieses für den Dauervertrag wesentliche Zeitmoment ist für die Frage der vollständigen oder teilweisen Unmöglichkeit von ausschlaggebender Bedeutung. Während bei den vorübergehenden Schuldverhältnissen Kauf, Tausch usw. die Frage der gänzlichen oder teilweisen Unmöglichkeit hinsichtlich des Gegenstandes der geschuldeten Leistung im Vordergrunde steht, kann bei der Miete die Leistung auch hinsichtlich der Zeit ganz oder teilweise unmöglich werden. Es ist beispielsweise möglich, daß von fünf vermieteten Wohnräumen drei von einem polizeilichen Wohnverbot betroffen werden, so daß hinsichtlich der gesperrten Räume dem Vermieter die Gebrauchsgewährung unmöglich geworden ist. Diese bezüglich des Gegenstandes nur teilweise Unmöglichkeit kann eine zeitlich dauernde sein, wenn sie die ganze Vertragszeit hindurch anhält. Umgekehrt kann eine gegenständlich vollkommene Unmöglichkeit — die ganze Wohnung wird vom Polizeiverbot betroffen — eine zeitlich teilweise sein, wenn sie nur während eines Teiles der Mietzeit besteht, z. B. wenn das Wohnverbot noch innerhalb der Mietzeit aufgehoben bzw. erst, nachdem die Miete einige Zeit gedauert hat, wirksam wird.

Hieraus folgt zwingend, daß bei der Miete vollständige Unmöglichkeit nach Vertragsabschluß nur dann besteht, wenn die Leistung des Vermieters sowohl hinsichtlich der ganzen Vertragszeit als auch bezüglich des gesamten Mietgegenstandes vollständig unmöglich ist[10].

Ob sich eine derartige gegenständliche Unmöglichkeit über die gesamte Vertragszeit erstreckt, wird zwar vom Standpunkt eines späteren Beurteilers am Ende der Mietzeit sich leicht feststellen lassen, ist aber für den Mieter bei Beginn der Vertragszeit oft schwierig zu beurteilen. Es ist in den meisten Fällen damit zu rechnen, daß die Unmöglichkeit noch während der Vertragszeit behoben werden kann, z. B. das abgebrannte Haus wieder aufgebaut, das polizeiliche Verbot zurückgenommen wird. Wir hätten es dann mit einem nur zeitweiligen Erfüllungshindernis zu tun, so daß die Folgen der Totalunmöglichkeit nicht eintreten können. Fällt unter den Begriff der teilweisen Unmöglichkeit des § 323 I in Wirklichkeit auch die zeitweilige Unmöglichkeit[11], so wird häufig dieses zeitweilige Erfüllungshindernis einem dauernden gleichzuachten sein. Wann dies zu geschehen hat, ist durch

[10] Schöller, a. a. O. S. 261.

[11] RG v. 24. 10. 1905; JW 1905 S. 718 Nr. 9.

eine stetige und feststehende Rechtsprechung des Reichsgerichts festgelegt worden, deren Ergebnis ungefähr in folgender Formulierung wiedergegeben wird:

„Eine zeitweilige Unmöglichkeit der Erfüllung ist dann als eine dauernde anzusehen, wenn die Erfüllung des Vertragszweckes durch die zeitweilige Unmöglichkeit in Frage gestellt wird, und aus diesem Grunde nach Treu und Glauben unter billiger Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Festhaltung am Vertrage nicht zugemutet werden kann“ [12].

Hier folgt das Reichsgericht bei der Feststellung, wann ein zeitweiliges Erfüllungshindernis juristisch als eine dauernde Unmöglichkeit zu behandeln ist, nicht rein logischen Erwägungen. Wie es den Unmöglichkeitsbegriff selbst für die juristische Praxis nicht logisch-philosophisch im Sinne Hartmanns als Notwendigkeit des Nichtgeschehens aufgefaßt hat, sondern als unmöglich im juristischen Sinn auch eine Leistung ansieht, die dem Schuldner nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, so folgt es auch bei der Frage der zeitweiligen Unmöglichkeit nicht logischen Denkgesetzen, sondern den praktischen Bedürfnissen des Lebens. Auf S. 18 dieser Arbeit ist ausgeführt worden, daß der Mieter den Wegfall seiner Verpflichtung durch den Nachweis der Unmöglichkeit der Leistung des Vermieters dartun muß. Es wird dem Mieter in der Regel der Fälle nicht schwer fallen zu beweisen, daß das vermietete Haus abgebrannt oder, daß ihm die Benutzung der Wohnung durch ein polizeiliches Verbot unmöglich geworden ist. Es erhebt sich aber die Frage, wie die Beweislastverteilung vorzunehmen ist, wenn der Vermieter behauptet, die herbeigeführte zeitweilige Unmöglichkeit der Erfüllung sei nach Lage des Falles für den Mieter unerheblich. Durch Wiederherstellung der Mietsache bzw. Aufhebung des polizeilichen Wohnverbotes innerhalb der vorgesehenen Vertragszeit sei dem Interesse des Mieters vollständig genügt. Infolgedessen sei der Vertrag nicht ipso iure beendet, sondern nach Wiedergewährung des Mietgebrauches sei der Mieter zur weiteren Zahlung des Zinses verpflichtet.

Eine gesetzliche Regelung der Beweislast fehlt. Die Lösung dieser Frage ist demnach nach den allgemeinen Grundsätzen vorzunehmen. Als Regel ist es anzusehen, daß, wenn ein vermietetes Gebäude durch Feuer ganz zerstört wird oder von einem polizeilichen Wohnverbot betroffen wird, die Gebrauchsgewährung unmöglich und damit das Mietverhältnis beendet ist. Macht dem-

[12] RGZ 89 S. 206; RG 10. 7. 1912; DJZ Bd. 17 S. 354; RG v. 26. 9. 1924; Warn. Rspr. 28 Nr. 21 v. 7. 1. 1927 Nr. 48, dort weitere Entscheidungen.

gegenüber der Mieter geltend, daß die Mietsache in kurzer Zeit wiederhergestellt bzw. das Wohnverbot aufgehoben werden würde, so daß dem Mieter nach dem Inhalt und Zweck des Vertrages die Aufrechterhaltung des Mietverhältnisses zuzumuten sei, dann trifft ihn für diesen Ausnahmetatbestand die volle Behauptungs- und Beweislast. Dieses ist auch die Ansicht des Reichsgerichts[13].

Ist nun ein Erfüllungshindernis, das gleich bei Beginn der Vertragszeit besteht, im Sinne der obigen Ausführungen als ein juristisch dauerndes zu betrachten, und bezieht es sich auf die Mietsache in ihrer Gesamtheit, so haben wir es mit einer vollkommenen Unmöglichkeit im Sinne der §§ 323 ff. zu tun, sofern es nach Vertragsschluß eingetreten ist. Hat der Vermieter diese Unmöglichkeit nicht zu vertreten, dann wird hierdurch das Vertragsverhältnis aufgehoben. Der Mietvertrag ist gegenstandslos geworden und beendet[14]. Die Auflösung der Miete ipso iure widerspricht nicht der Natur des Dauervertrages. Eine Aufhebung des Dauerschuldverhältnisses kraft Gesetzes sieht § 726 BGB. bei der Gesellschaft und § 33 II Verl.-Ges. beim Verlagsvertrag ausdrücklich vor. Diese von selbst einretende Auflösung des Vertrags bedeutet insofern für die Miete eine glatte Abwicklung des Rechtsverhältnisses, weil beim Eintritt der vollkommenen Unmöglichkeit sofort die endgültige Lösung und nicht ein Schwebezustand eintritt, wie er durch die Regelung des § 323 II, § 281[15] bei gegenseitigen Verträgen entsteht; denn die §§ 323 II, 281 finden, wie die Ausführungen auf S. 37 ff. zeigen werden, auf die Miete keine Anwendung.

Löst sich bei dieser Sachlage der Mietvertrag von selbst, ohne eine ausdrückliche Kündigungserklärung des Mieters nach § 542, so ist die für den Mieter günstige, weitergehende Rechtswirkung des § 323 I erster Halbsatz dargetan, und die Berechtigung einer besonderen Anwendung nachgewiesen.

Es fragt sich, ob neben dieser Auflösung des Vertrages kraft Gesetzes für eine fristlose Kündigung nach § 542 noch Raum bleibt[16]. Rein logisch betrachtet, kann ein Vertrag, der durch die Unmöglichkeit schon beendet ist, nicht noch durch eine Kündigung aufgelöst werden. Praktisch besteht jedoch in manchen Fällen ein Bedürfnis, durch eine ausdrückliche Willensäußerung die befreiende Wirkung der Unmöglichkeit festzustellen, insbe-

[13] Vgl. RG JW 1905 S. 719 Nr. 9.

[14] Crome § 234 bei Nr. 4 b; Schöller, a. a. O. S. 263; Planck-Siber § 323, 7 a; Oertmann § 323, 5.

[15] Oertmann zu § 323, 6.

[16] Verneinend Oertmann vor § 535 4 b δ.

sondere dann, wenn es zweifelhaft ist, ob das Erfüllungshindernis juristisch als dauerndes anzusehen ist. Kann darüber kein Zweifel entstehen, ist die Unmöglichkeit offenkundig eine totale, dann bedarf es keiner Parteierklärung[17], im anderen Falle kann sie jedoch zur Klärung der Rechtslage beitragen. Man wird deshalb auch dem Mieter das Recht der fristlosen Kündigung zubilligen dürfen, obwohl sie an sich nicht erforderlich ist[18]. Unterstützt wird diese Ansicht durch die Regelung beim Arbeitsvertrag, der gleichfalls ein Dauerschuldverhältnis begründet. Die volle Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, die der Zerstörung der Mietsache entsprechen würde und gemäß § 323 I erster Halbsatz eine Vertragsauflösung von selbst bewirken müßte, gibt jeder Partei ein Recht zur fristlosen Kündigung[19], weil es auch hier sehr häufig zweifelhaft ist, ob eine dauernde Unmöglichkeit vorliegt (§ 123 Ziff. 8, § 124 Ziff. 1; Gew.-O. § 71 Ziff. 1 HGB.).

Nimmt vorsichtshalber der Mieter eine Kündigung vor, dann ist aber zu beachten, daß diese Kündigung von der freiwillig vorgenommenen innerlich verschieden ist. Während der Mieter sonst willkürlich dem Vertrag ein Ende setzt, so dient diese Kündigung nur der eindeutigen Klärung der Vertragsbeziehungen, denn seine Leistungspflicht ist bereits infolge der Unmöglichkeit fortgefallen. Die Rechtsnatur einer solchen vorsorglich vorgenommenen Kündigung ist also verschieden je nachdem, ob das Mietverhältnis durch die Unmöglichkeit aufgehoben war, oder ob es noch weiter bestand, weil das Erfüllungshindernis in Wirklichkeit nicht als dauerndes anzusehen war. Nur im letzten Fall kann man die Kündigung als eine Willenserklärung ansprechen, da ihr nur in diesem Fall eine Rechtswirkung, nämlich die endgültige Aufhebung des Mietverhältnisses zukommt, während sie im ersten Fall erfolglos bleibt, da der Vertrag schon durch die Unmöglichkeit aufgelöst war.

III. § 323 I zweiter Halbsatz: Nicht zu vertretendes teilweises Unmöglichwerden

§ 323 Abs. I zweiter Halbsatz behandelt den Fall der teilweisen Unmöglichkeit, der nicht nur weit häufiger, sondern infolge der Dauerrechtsnatur der Miete auch vielgestaltiger ist. Die teilweise Unmöglichkeit kann sich bei der Miete auf den Mietgegenstand beziehen, aber auch lediglich auf die Zeit. Im letzteren Sinn ist die Leistung des Vermieters dann teilweise unmöglich,

[17] Kisch, a. a. O. S. 55.

[18] Schöller, a. a. O. S. 263; Brückner, a. a. O. S. 135; vgl. RG v. 24. 10. 1905; JW 1905 S. 718 Nr. 9; a. A. Mittelstein, a. a. O. S. 316.

[19] Hueck, a. a. O. S. 16; Hueck bei Hueck-Nipperdey I S. 299; Gschnitzer, JherJ. Bd. 76 S. 330; a. A. Staudinger 7./8. Aufl., Vorbem. I 1 a zu §§ 620 ff.

wenn die gesamte Mietsache nur während eines Teiles der Dauer des Vertrages dem Mieter gewährt werden kann. Zwei Erscheinungsformen hinsichtlich der zeitlich teilweisen Unmöglichkeit, die die Mietsache in ihrer Gesamtheit betrifft, sind hier infolge der verschiedenen juristischen Behandlung zu unterscheiden:

1. Die Unmöglichkeit tritt nach Beginn der Vertragszeit ein und ist nicht behebbar.
2. Die Unmöglichkeit tritt gleich bei Beginn oder im Laufe der Mietzeit ein und ist behebbar.

Tritt die behebbare Unmöglichkeit im Laufe der Mietzeit ein und wird sie behoben, dann ist das zeitliche Mittelstück des Vertrages von der Unmöglichkeit betroffen. Der dritte Fall, daß die gegenständlich totale Unmöglichkeit gleich bei Beginn des Vertrages sich einstellt und unbehebbar ist, ist oben auf S. 27 ff. behandelt; dieses war der Fall der vollkommenen Unmöglichkeit.

Betrachten wir zunächst den Tatbestand unter 1., der dem Fall der vollkommenen Unmöglichkeit mit der einen wichtigen Abweichung entspricht, daß hier das Erfüllungshindernis nicht sofort bei Mietbeginn, sondern erst im Laufe der Mietzeit entsteht. Weil hier dem Mieter gleich zu Anfang der Gebrauch der Mietsache eine Zeitlang ordnungsgemäß gewährt worden ist, haben wir es nur mit einer teilweisen Unmöglichkeit zu tun. Dieses berechtigt uns zu dem allgemeingültigen Satz, daß jede nach Gebrauchsüberlassung eintretende Unmöglichkeit, wenn sie auch die ganze Mietsache betrifft, stets nur eine teilweise ist, so daß in diesem Fall bei der Miete immer der zweite Halbsatz des § 323 Abs. I zur Anwendung kommt[20].

Abgesehen von diesem begrifflichen Unterschied zur Totalunmöglichkeit ist die juristische Handhabung dieses Tatbestandes die gleiche. Ist die zeitweilige Unmöglichkeit im Sinne des auf S. 29 ausgeführten reichsgerichtlichen Grundsatzes als eine für die Zukunft dauernde im juristischen Sinne anzusehen, weil durch sie die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet und ein weiteres Festhalten der Parteien am Vertrage nicht zumutbar ist, so ist das Vertragsverhältnis für die Zukunft kraft Gesetzes beendet. Daß es sich nicht um eine gänzliche, sondern nur um eine teilweise Unmöglichkeit handelt, macht sich insofern bemerkbar, als der Vertrag nur für die Zukunft beendet wird, und die in der Vergangenheit erfolgte teilweise Erfüllung, entsprechend der regelmäßigen Natur des Dauervertrages, ihren selbständigen wirtschaftlichen Wert für den Mieter behält und unantastbar bleibt.

Der Vermieter wird von seiner weiteren Leistungspflicht ersatzlos befreit, die Gegenleistung des Mieters mindert sich nach

[20] Oertmann, Vorbem. zu § 535 4 δ.

Maßgabe der §§ 472, 473 BGB. Da die Teilleistungen beim echten Dauerschuldverhältnis in der Regel gleichen wirtschaftlichen Wert für den Gläubiger besitzen, läßt sich die verhältnismäßige Berechnung nach Maßgabe der Zeitdauer durchführen[21]. Ihr Ergebnis wird sein, daß der Vermieter nur für die Zeit der Gebrauchsgewährung sein Entgelt bekommt, und nachher beide Teile von der Leistungspflicht frei sind. Auch hier kehrt die Frage wieder, ob nicht der Mieter vorsichtshalber in Zweifelsfällen zur Klärung der Rechtslage den Weg des § 542 BGB. beschreiten und durch eine förmliche Kündigungserklärung sichere Verhältnisse schaffen kann. Diese Frage ist gemäß der auf S. 31 eingenommenen Stellung zu bejahen. Würde es sich nicht um den Fall der Unmöglichkeit gehandelt haben, sondern um einen im Laufe der Mietzeit auftretenden Fehler, der die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsmäßigen Gebrauche aufgehoben hätte, dann wären nach § 537 hinsichtlich des Wegfalls der Zahlungspflicht die gleichen Rechtsfolgen eingetreten.

Nicht so eindeutig und glatt ist die Rechtslage in dem oben unter 2. genannten Tatbestand.

Ist die zu Anfang bzw. im Laufe der Vertragszeit eintretende Unmöglichkeit nicht derart, daß sie im oben näher gekennzeichneten Sinn als eine in Zukunft dauernde anzusehen ist, d. h. ist das Erfüllungshindernis in einer Weise behebbar, daß ein Fortbestand des Vertrages zuzumuten ist, so wird der Vertrag nicht ipso iure beendet. Vielmehr wird, wenn niemand die zeitweise Unmöglichkeit zu vertreten hat, der Vermieter während dieser Zeit von seiner Leistungspflicht frei, wogegen die Leistung des Mieters sich nach Maßgabe der §§ 472, 473 BGB. mindert. Die verhältnismäßige Berechnung nach der Zeitdauer führt bei der Regel der Mietverträge gleichfalls zu einer Befreiung des Mieters, solange das Erfüllungshindernis besteht. Der Vertrag besteht jedoch fort. Sobald die Unmöglichkeit fortfällt, ist der Mieter zur vollen Leistung weiter verpflichtet. Dieselben Rechtsfolgen würde im Falle eines Fehlers der § 537 zeitigen.

Gerade diese Fortdauer des Vertrages wird aber in vielen Fällen den Interessen des Mieters nicht gerecht. Er wird den Wunsch haben, nicht nur während der Unmöglichkeit von seiner Zahlungspflicht entbunden zu sein, sondern gänzlich und endgültig für die Zukunft vom Vertrage loszukommen. Diesen Wunsch erfüllt ihm aber § 323 Abs. I zweiter Halbsatz nicht. Hier greift indessen die für den Mieter günstigere Bestimmung des § 542 RGB. ein. Wie schon auf S. 26 der Arbeit ausgeführt ist, findet dieses den ganzen noch ausstehenden Mietvertrag ergrei-

[21] Staudinger-Werner § 323 2 B, 7./8. Aufl. 1912.

fende Kündigungsrecht nicht nur bei dauernder, sondern auch bei vorübergehender Nichtgewährung bzw. Entziehung des Gebrauchs Anwendung. Ferner ist es auch gleichgültig, auf welchem Umstand die Nichtgewährung des Gebrauches beruht. Anwendung findet § 542 auch bei gänzlichem oder teilweisem Untergang der Mietsache oder sonstiger wirklicher Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung[22].

Unter diesen Umständen ist der Mieter berechtigt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis fristlos zu kündigen. Dieses Recht ist nur dadurch eingeschränkt, daß dem Vermieter eine angemessene Frist zum Zwecke der Abhilfe zu setzen ist, es sei denn, daß die Erfüllung des Vertrages infolge der die Kündigung rechtfertigenden Umstände für den Mieter kein Interesse hat. Um sich des Kündigungsrechtes zu bedienen, braucht der Mieter nicht sein mangelndes Interesse an der teilweisen Erfüllung nachzuweisen[23]. Ein Mißbrauch des Kündigungsrechtes wird durch Abs. II des Paragraphen verhindert.

Selbstverständlich kann sich der Mieter mit der Regelung des § 323 Abs. I begnügen, wenn er Interesse daran hat, nach Wegfall des Erfüllungshindernisses den Vertrag fortzusetzen. Die Befreiung von der Zinszahlungspflicht gründet sich jedoch während dieser Zeit ausschließlich auf § 323 I zweiter Halbsatz und nicht auf § 537. Denn es handelt sich um den Fall einer wirklichen Unmöglichkeit, der zwar unter § 542, nicht aber unter § 537 fällt, da diese Bestimmung lediglich bei Mangelhaftigkeit der Mietsache eingreift.

Abschließend ist zu den Fragen jener teilweisen Unmöglichkeit, die sich lediglich auf die Zeit bezieht, zu sagen, daß sie für die Zeit ihrer Dauer der völligen Unmöglichkeit gleichsteht, nur daß bei ihr juristisch der Vertrag fortbesteht, und bei Wegfall der Unmöglichkeit die Verbindlichkeiten der Parteien wieder in ihrem alten Umfange aufleben.

Aber auch die zeitweilige Unmöglichkeit wirkt unter Umständen über die Zeit ihrer Dauer hinaus, indem der Mieter, wenn ihm nicht bei Vertragsbeginn der Gebrauch gewährt wird oder eine längere Unterbrechung eintritt, in der Regel berechtigt ist, nach § 542 den ganzen Vertrag für die Zukunft zu kündigen[24].

Zur Frage der teilweisen Unmöglichkeit bleibt nur noch der an sich näher liegende Fall zu besprechen, daß gegenständlich

---

[22] Oertmann zu § 542, 2; Mittelstein S. 315, 316; dort in Anm. 3 weitere Literatur.

[23] Schöller, a. a. O. S. 269.

[24] So schon für das gemeine Recht Mommsen, a. a. O. S. 344 unter Bezugnahme auf römische Rechtsquellen.

der Vermieter nicht in der Lage ist, die Gebrauchsgewährung der gesamten Mietsache dem Mieter zu leisten. Hier ist es gleichgültig, ob die teilweise gegenständliche Unmöglichkeit gleich zu Beginn des Vertrages oder im Laufe der Mietzeit eintritt, ob sie noch im Laufe der Mietzeit behebbar ist oder nicht.

Nach der Regel des § 323 Abs. I zweiter Halbsatz wird der Vermieter, soweit die von ihm nicht zu vertretende Unmöglichkeit reicht, von seiner Verpflichtung befreit. Demgegenüber ermäßigt sich auch seine Gegenforderung nach Maßgabe der §§ 472, 473.

In der Regel der Fälle greifen jedoch hier die §§ 537 ff. als Spezialvorschriften ein. Eine teilweise gegenständliche Unmöglichkeit wird sich in der Mehrzahl der Fälle als Fehler der Mietsache im Sinne des § 537 darstellen. So z. B., wenn von der gemieteten Wohnung ein Zimmer ausbrennt[25]. In diesen Fällen kann der Mieter die Minderung seines Mietzinses nach § 537 erreichen. In solchen Fällen geht die Wirkung des § 537 weiter als die des § 323 Abs. I zweiter Halbsatz. Wie wir gesehen haben, bleibt bei teilweiser Unmöglichkeit der Vertragsteil, auch wenn ihm an der restlichen Erfüllung nichts gelegen ist, zur Bezahlung für den möglichen Teil der Leistung verpflichtet. Dieses ergibt sich als Gegenschluß aus § 325 S. 2[26].

Nach § 537 ist dagegen der Mieter, wenn die Mietsache auch nur in einem ihrer Teile mit einem Fehler behaftet ist, der aber ihre Tauglichkeit im ganzen aufhebt, von der Zinszahlungspflicht vollständig befreit[27]. Hebt der Mangel indessen die Tauglichkeit der Sache nicht vollständig auf, dann hat es mit der Minderung des Mietzinses gemäß § 323 Abs. I S. 2 sein Bewenden.

Des weiteren steht dem Mieter das Kündigungsrecht des § 542 zu, demzufolge sich der Mieter für die Zukunft gänzlich vom Vertrage lösen kann. Diese Befugnis hat der Mieter sowohl bei Vorliegen einer gegenständlich teilweisen Unmöglichkeit, die sich als Fehler der Gesamtsache im Sinne des § 537 darstellt[28], als auch dann, wenn die teilweise Unmöglichkeit nicht als Fehler der Gesamtsache angesehen werden kann[29]. Diese Befreiungsmög-

[25] Beispiele bei Oertmann, Vorbem. zu § 535 4 δ.

[26] Staudinger-Werner § 323 II 2; Oertmann § 323 7 c δ; Titze, a. a. O. S. 170 Nr. 13; Kisch, a. a. O. S. 169; Beradt S. 36, 37.

[27] Beradt S. 37. Dort auch ein Beispiel, das die weitergehende Wirkung des § 537 in dieser Hinsicht verdeutlicht.

[28] Zwei Pferde sind als einheitliches Gespann vermietet. Das eine Pferd geht ein.

[29] Die beiden Pferde sind nicht als einheitliches Gespann vermietet. Jedes wird zu einem besonderen Zweck verwandt. Krepiert das eine, dann bedeutet dies für das andere Tier keinen Fehler. Beispiel von Oertmann, Vorbem. § 535 4 e.

lichkeit vom ganzen Vertrag gewährt im Falle der teilweisen Unmöglichkeit der § 323 Abs. I zweiter Halbsatz nicht. Bezüglich der Voraussetzungen des § 542 und der mit ihm verbundenen Wirkung nur für die Zukunft wird auf die früheren Ausführungen verwiesen.

Bei den Erörterungen über die zeitliche bzw. sachliche teilweise Unmöglichkeit hat sich gezeigt, daß der Mieter durch die speziellen mietrechtlichen Vorschriften in der Regel besser gestellt ist als durch die allgemeinen Regeln des § 323 I. Insofern stehen als lex specialis die Bestimmungen der §§ 537, 542 bei der Teilunmöglichkeit im Vordergrund[30].

Die Unterscheidung zwischen der Anwendbarkeit der § 323 I und § 537 BGB. hat aber nicht nur akademischen Wert[31]. Wenn auch die Regel des Rechtes im Falle des nicht zu vertretenden Unmöglichwerdens der Leistung des Vermieters und bei Vorliegen von Sach- und Rechtsmängeln im wesentlichen zu gleichem Ergebnis führt, so ist doch ein Unterschied nicht zu verkennen. Besteht bei Sach- und Rechtsmängeln eine unterschiedslose Verpflichtung zur Beseitigung des Hindernisses, so tritt diese im angenommenen Falle der Unmöglichkeit nicht ein. Ist z. B. das Miethaus vor dem für die Überlassung festgesetzten Termin durch Zufall abgebrannt, so ist der Vermieter nicht zum Wiederaufbau verpflichtet, vielmehr entfällt der Mietvertrag. Aus der Verpflichtung des Vermieters, die Sache im vertragsmäßigen Zustand zu erhalten, § 536, läßt sich nur folgern, daß der Vermieter Mängel und Schäden zu beseitigen hat, nicht, daß er zur Wiederherstellung der zerstörten Sache verpflichtet ist[32].

An dieser Stelle zeigt sich die Brauchbarkeit der vom Reichsgericht entwickelten Unmöglichkeitslehre, die nicht nur als unmöglich diejenige Leistung betrachtet, die tatsächlich nicht erbracht werden kann, sondern die wirtschaftlich dem Schuldner nicht zuzumuten ist[33]. Ist dem Vermieter nicht zuzumuten, die zerstörte Sache wieder gebrauchsfähig zu machen, dann liegt vertragsaufhebende Unmöglichkeit vor, die für eine auf dem Vertrag beruhende Wiederherstellungspflicht keinen Raum läßt. Wenn Mittelstein[34], Oertmann[35], Dernburg[36] die Frage der Wiederherstellungspflicht hier auf beiderseitige Interessenabwägung ab-

[30] RG 62 S. 226.

[31] Tumpowsky ist dieser Meinung, a. a. O. S. 40.

[32] Borcherdt, a. a. O. S. 57; Schöller, a. a. O. S. 268; vgl. RG v. 24. 2. 1887 in SeuffArch. 43 Nr. 16.

[33] RG 22. 11. 1919 WarnRspr. 20 Nr. 67; RG 10. 1. 1922 in HRR 29 S. 794.

[34] Mittelstein, a. a. O. S. 266.

[35] Oertmann zu § 536 1 b.

[36] Dernburg § 217 I 3.

stellen, so bedeutet das im Grunde dasselbe und ergibt sich zwanglos aus dem vom Reichsgericht erweiterten Unmöglichkeitsbegriff.

Aber abgesehen von dieser speziell mietrechtlichen Bedeutung hat die Betrachtung des § 323 Abs. I gezeigt, daß er seiner Fassung und seiner materiellen Wirksamkeit nach auch für Dauerschuldverhältnisse, sofern das Unmöglichwerden ein gegenständlich totales ist, allgemeine Bedeutung hat und gerechte und glatte Lösungen ermöglicht. Aus diesem Grunde ist der Meinung Niendorffs[37] nicht beizustimmen, daß § 323 I stets eine einmalige Leistung voraussetzt, d. h. nicht auf Dauerschuldverhältnisse anwendbar sein soll. Zu diesem methodischen Fehler ist Niendorff gezwungen, wenn er die Lücken der nachfolgenden Unmöglichkeit und des nachfolgenden Unvermögens durch eine analoge Anwendung des § 537 schließen will. Denn § 537 selbst beruht eben auf einem alle gegenseitigen Verträge — Dauerverträge nicht ausgenommen — beherrschenden, allgemeinen Grundsatz, der auch im Sonderfall des § 537 in Erscheinung tritt, und der deshalb nicht erst aus § 537 oder einer sinngemäßen Anwendung abgeleitet zu werden braucht[38]. Auch das Reichsgericht erkennt an, daß durch § 537 dem Wortlaut nach andere Tatbestände geregelt sind, als in § 323 I BGB.[39].

IV. § 323 II: Der Anspruch des Mieters auf das Surrogat

Hatten wir oben auf S. 30 dieser Arbeit nur andeutungsweise dem Mieter den Anspruch gemäß §§ 323 II, 281 versagt, um darzutun, daß die Anwendbarkeit des § 323 I erster Halbsatz bei der Miete zu klaren Ergebnissen führt, so soll hierfür im folgenden die juristische Begründung gegeben werden.

Es ist bis heute in der Theorie eine ungelöste Streitfrage, ob der § 281 auch auf die obligatorischen Rechte Anwendung findet, welche nur auf die Gebrauchsgewährung einer Sache und nicht auf ihren Eigentumsübergang abzielen, ja deren Gegenstand wie beim Dienstvertrag nur eine Handlung ist, ohne irgendein sachliches Substrat.

Die Streitfrage ist bedingt durch den Wortlaut des § 281 BGB.:

„Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welche die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch . . ."

Der Vermieter erlangt in der Regel Wertersatz für den Mietgegenstand selbst. Dieser ist aber nicht der „geschuldete Gegen-

[37] Niendorff S. 103, 104, 8. Aufl. 1907.
[38] OLG Hamburg 14. 7. 1919; SeuffArch. 74 Nr. 168.
[39] RGZ 94/267.

stand"; denn nicht die Mietsache selbst, sondern nur ihr Gebrauch, d. h. eine in Beziehung auf den Mietgegenstand vorzunehmende Handlung, ist Gegenstand der Leistung. Der Ersatz, den der Vermieter erhält, soll den Substanzwert, d. h. den Verlust des Eigentums an der Mietsache decken. Da die Mietsache als solche aber nicht geschuldet ist, kann nach der Meinung zahlreicher Schriftsteller der Mieter auch nicht den Ersatz verlangen[40].

Daß der Mieter den Ersatz in seinem ganzen Umfang nicht beanspruchen kann, nehmen auch die Gegner dieser Ansicht an. Häufig aber wird der Vermieter nicht nur für den Sachwert als solchen, sondern auch für die dem Gläubiger, hier dem Mieter, gebührende Nutzung Ersatz erhalten, und in der Regel ist daran festzuhalten, daß die dem Vermieter als Eigentümer gewährte Entschädigung mit dem Werte des entzogenen Eigentums auch den entzogenen Gebrauch vergütet[41]. In einem solchen Falle soll nun nach einer anderen Ansicht der Vermieter verpflichtet sein, den Teil seines erlangten Ersatzes, der dem Gebrauch der Mietsache während der Vertragsdauer entspricht, d. h. der sich als Vergütung für den dem Mieter entzogenen Gebrauch darstellt, herauszugeben. Die Schriftsteller, die in dieser Form die Anwendung des § 281 befürworteten, sind gezwungen, den Begriff des „geschuldeten Gegenstandes" weiter zu fassen. Der „geschuldete Gegenstand" ist dann nicht nur auf den Vermögenswert beschränkt, sondern umfaßt dann auch die dem Gläubiger geschuldete Leistungshandlung[42]. Schließlich wird der Gedanke des § 281 von einigen Schriftstellern, die einer direkten Anwendung des § 281 durch eine extensive Auslegung der Bestimmung selbst nicht zustimmen wollen, analog auf die Miete angewandt, mit der selbstverständlichen Einschränkung, daß dem Mieter der Ersatz bzw. Ersatzanspruch nur zu dem Teil zuerkannt wird, der den Gebrauch für die betreffende Zeit deckt[43]. Im Ergebnis stimmt also diese Meinung mit der vorigen überein.

Diese kurze Zusammenstellung der Lehrmeinungen zeigt, daß durch Auslegung nach dem Wortlaut des Gesetzes bzw. seiner technisch juristischen Ausdrucksweise die Streitfrage nicht zu lösen ist. Wenn auch unser natürliches Sprachgefühl dem § 281

[40] Mittelstein, a. a. O. S. 229; Tumpowsky, a. a. O. S. 40 Anm. 1. Soweit der Vermieter den Kapitalwert ersetzt bekommt, Planck-Siber § 281 c; Kisch, a. a. O. S. 206; vgl. auch Oertmann § 281 2 c; Mot. II/47.

[41] Kleineidam, a. a. O. S. 118; Planck-Siber § 281 2 c; Windscheid-Kipp II § 264, 4; vgl. Planck-Siber zu § 249 S. 82 ff.

[42] Kleineidam, a. a. O. S. 116 f.; Schollmeyer § 281 2 c; Crome II S. 127 Anm. 51; Beradt, a. a. O. S. 45; Schulz, a. a. O. S. 25.

[43] Enneccerus, a. a. O. § 46 II 2 S. 180.

nur die Fälle unterstellen möchte, in denen die Sache selbst, nicht nur ihr Gebrauch geschuldet wird, so läßt sich diese Schwierigkeit mit Hilfe der Analogie überwinden. Überdies hat die Rechtsprechung den Wortlaut des Gesetzes dem Verkehrsbedürfnis schon in viel stärkerem Maße untergeordnet, wenn es ihr notwendig erschien, um ein angemessenes Ergebnis zu erzielen.

Auch die geschichtliche Entwicklung gibt uns keinen eindeutigen Fingerzeig.

Während das preußische Recht[44] in zahlreichen Entscheidungen sich zu dem Satze bekannt hat, daß bei einer auf Gebrauchsgewährung gerichteten Verbindlichkeit der Gläubiger die Nutzung des Ersatzes (z. B. Zinsen der Enteignungssumme) beanspruchen kann, stehen die Motive zum ersten Entwurfe[45] auf dem Standpunkt, daß der Mieter gar keinen Ersatzanspruch verlangen kann, „da der Mieter das Grundstück nicht zu fordern habe".

Aus diesen Gründen ist m. E. eine Beantwortung der Frage auf die Entscheidung abzustellen, ob bei Miete und Dienstvertrag ein schutzbedürftiges Interesse an der Anwendung des Surrogationsanspruchs besteht, und ob die Gewährung des Anspruchs zu billigenswerten Ergebnissen führt. Man sage nicht, daß dieses außerrechtliche Gesichtspunkte seien, die für eine juristische Lösung nicht herangezogen werden dürften. Bei einer lebendigen Rechtsauffassung sind die Grenzen zwischen der lex lata, der lex ferenda, zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik nicht unübersteigbar.

Dieses Bedürfnis besteht aber nicht.

Die Miete ist ein entgeltlicher Vertrag. Sobald ganz oder teilweise die Gebrauchsgewährung dem Vermieter unmöglich wird, entfällt oder mindert sich entsprechend der Mietzins. Damit ist den Belangen des Mieters Genüge getan. Würde der Mieter die Ersatzsumme[46] verlangen, so könnte er nach unseren früheren

---

[44] Str. Arch. XL S. 7; LVIII S. 163; XCVIII S. 355; § 159 preuß. Gemeinteilungsgesetz vom 7. 6. 1821; § 11 des preuß. Enteignungsgesetzes vom 11. 6. 1874.

[45] Mot. II S. 47.

[46] Erlangt der Vermieter an Stelle des Gegenstandes, dessen Gebrauch er dem Mieter schuldete, einen nicht in Geld bestehenden andern Gegenstand, dann kann nach Treu und Glauben dem Vermieter in der Regel nicht zugemutet werden, dem Mieter an dieser ganz anderen Sache den Mietgebrauch zu gewähren. Hatte z. B. der Vermieter den Genbrauch eines Jagdhundes zu gewähren und tauscht er diesen gegen einen Radioapparat ein, dann kann nach § 242 der Vermieter nicht verpflichtet sein, nunmehr dem Mieter nach § 281 den Mietgebrauch am Radioapparat einzuräumen. Der Mieter ist hier auf die Schadensersatzansprüche beschränkt.

Ausführungen nicht die ganze Summe, sondern nur den Teil davon verlangen, der dem Gebrauch während der Vertragsdauer entspricht. Diese Teilsumme wird aber regelmäßig dem vom Mieter zu zahlenden Mietzins entsprechen; denn im Rechtsverkehr wird die Ersatzsumme, die dem Vermieter für die entzogene Gebrauchsmöglichkeit vom dritten Schädiger gezahlt wird[47], nach der Gegenleistung berechnet, die der Vermieter durch Vermietung der Sache erhält, vgl. § 346 BGB.[48]. Damit gleichen sich die beiden Forderungen aus.

Sinn kann das Verlangen des Mieters auf Herausgabe der Ersatzvorteile gegen Weiterzahlung des Mietzinses nur dann haben, wenn der Ersatz, den der Vermieter für die Gebrauchsentziehung erhält, an Wert die Höhe des Mietzinses übersteigt. Dieser Gesichtspunkt tritt dann besonders hervor, wenn wir es nicht mit einem entgeltlichen Mietvertrag, sondern mit einer unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung, die keine Miete ist, zu tun haben.

Ein Beispiel: Einem Legatar ist ein unentgeltliches, lebenslängliches Wohnungsrecht in einem Hause eingeräumt worden. Nach dem Erbfall wird das Haus enteignet. Hier führt § 281 zu einem angemessenen Ergebnis. Der Legatar geht nicht leer aus, sondern die Differenz zwischen dem Haus mit und ohne Wohnungsrecht ist die Summe, die der Legatar von der Entschädigungssumme als Ersatz für das Wohnungsrecht bekommt[49]. Hier hat die Anwendung des § 281 wirtschaftlichen Sinn.

Es ließe sich an dieser Stelle die Frage aufwerfen, ob der Mieter vielleicht dann Interesse an der Ersatzleistung des Dritten gegen Weitergewährung seiner eigenen Leistung hat, sofern letztere nicht in Geldzahlungen, sondern in Sach- oder Dienstleistungen besteht. In der Mehrzahl der Fälle, in denen der Mieter als Entgelt für die Gebrauchsgewährung Dienstleistungen zu verrichten hat, werden diese zu der vermieteten Sache in Beziehung stehen. Man denke nur an die bekannten Hausmeisterverträge. Wird durch Brand das Haus vernichtet, dann ist auch dem Hausmeister die Erbringung seiner Dienste unmöglich. Er kann ebenfalls nicht gegen Empfang eines der Gebrauchsgewährung entsprechenden Teiles der Versicherungssumme oder des Schadensersatzes weiter seine Hausmeisterdienste verrichten.

---

[47] Auch wenn der Ersatzvorteil z. B. in einer Versicherungssumme besteht, wird ihrer Berechnung regelmäßig der tatsächliche Mietertrag zugrunde gelegt werden, so daß dem Fall, daß der auf den entzogenen Gebrauchsvorteil entfallende Teil der Versicherungssumme größer ist als der tatsächliche Mietertrag, praktisch keine Bedeutung zukommt.

[48] So für den Dienstvertrag Lotmar II S. 187, insbesondere S. 191.

[49] Beispiel bei Kleineidam, a. a. O. S. 118.

Hat die Sach- oder Dienstleistung zur untergegangenen Mietsache keine direkte Beziehung, so daß sie nach dem Unmöglichwerden der Leistung des Vermieters noch möglich wäre, so dürfte nach der richtigen Auslegung eines solchen Vertrages (§ 157) der Mieter nicht befugt sein, die Rechte des § 323 II auszuüben. Wenn jemand seine Sache gegen Sach- oder Dienstleistungen vermietet, dann wird es der Sinn der Vertragsabreden sein, daß der Vermieter als Entgelt für die Sach- oder Dienstleistungen ausschließlich den Mietgebrauch und kein Geld gewähren will; denn sonst würde er von vornherein den einfacheren Weg eingeschlagen und die Sach- und Dienstleistungen wie gewöhnlich mit Geld entlohnt haben. Bietet der Vermieter aber dafür gerade den Mietgebrauch, dann zeigt sich darin, daß er die Sach- und Dienstleistungen eben gegen Geldleistung nicht haben will. Wenn nun die Mietsache untergeht und der Vermieter einen Ersatzanspruch erhält, dann entsprach es eben nicht der Absicht der Parteien bei Vertragsabschluß, nunmehr die Sach- oder Dienstleistungen des Mieters gegen einen Teil des Ersatzanspruchs, der regelmäßig in Geld bestehen wird, einzutauschen[50]. Im übrigen handelt es sich in den zuletzt vorgetragenen Fällen nicht mehr um den reinen Typ des Mietvertrages, wie er in der Regel vorkommt, sondern um einen gemischten Vertrag. Es würde aber über die Aufgabe der Arbeit hinausgehen, dieses Problem bei der Vielzahl dieser Mischverträge zu verfolgen[51], es sollte vielmehr an dieser Stelle nur auf das Problem hingewiesen werden.

Läßt sich nach diesen Ausführungen beim regelmäßigen Typ des Mietvertrages für die Anwendung der §§ 323 II, 281 ein Bedürfnis nicht nachweisen, und schließt bei den Mischverträgen die Auslegung des Vertrages die §§ 323 II, 281 aus, so spricht schließlich wie die schon erwähnte Fassung des § 281 auch der Wortlaut des § 323 II gegen die Annahme, daß bei der Miete oder beim Dienstvertrag der Ersatzanspruch gefordert werden könnte.

> „Verlangt der andere Teil nach § 281 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs, so b l e i b t er zur Gegenleistung verpflichtet."

Praktisch gesehen, ist der Mieter zur Mietzahlung nur insoweit verpflichtet, als ihm der Mietgebrauch gewährt wird. Wenn der Vermieter ihm den Gebrauch nicht gewähren kann, ist für diese

[50] Im Einzelfall kann selbstverständlich der Vertrag so auszulegen sein, daß ausnahmsweise nach Treu und Glauben der Vermieter berechtigt ist, die Dienstleistungen gegen Geldentlohnung zu fordern. Zur Bemessung des Geldbetrags könnte § 473 entsprechend herangezogen werden.

[51] Vgl. S. 3 dieser Arbeit.

Zeit die Vergütungspflicht gar nicht entstanden, er kann also auch schlecht zu ihr verpflichtet **bleiben**[52].

Trotz alledem ist versucht worden, auch für die Miete Fälle zu konstruieren, die das Bedürfnis für eine Anwendung der §§ 323 II, 281 dartun sollen. Da unsere Stellungnahme durch die Verneinung der Bedürfnisfrage im wesentlichen bestimmt war, ist es nötig, auf die von Beradt[53] gebildeten Beispiele näher einzugehen.

Zwei Gesichtspunkte sind es hauptsächlich, ein prozessualer und ein materiellrechtlicher, die es ihm angezeigt erschienen ließen, auch bei der Miete das Surrogationsprinzip in seiner abgewandelten Form anzuwenden.

1. Nach Beradt ersparen die §§ 323 II, 281 dem Mieter den Beweis, in welchem Umfang die geschuldete Leistung unmöglich geworden ist, ein Beweis, der für die Verfolgung der Rechte auf Mietzinsbefreiung bzw. Kürzung nach § 323 I notwendig, aber häufig schwierig ist und bei seinem Versagen zur prozessualen Verkümmerung dieser Rechte des Mieters führt[54].

Richte der Mieter seine Klage auf Herausgabe des von dem Vermieter erlangten Ersatzes oder auf Abtretung des Ersatzanspruchs, dann braucht der Mieter den Umfang des erlittenen Schadens nicht zu beziffern.

Wie aber schon Beradt selbst zugesteht, bedeutet es nur eine Vertagung der evtl. vorliegenden Beweisschwierigkeit und keine endgültige Lösung, wenn der Mieter Abtretung des Ersatzanspruchs begehrt, um diesen anschließend selbst gegen den Dritten einzuklagen.

Aber auch in dem Fall, wo der Mieter nicht Abtretung des Ersatzanspruchs, sondern von dem Vermieter den erhaltenen Ersatz herausverlangt, ist, wie Beradt meint, die Beweisschwierigkeit nicht behoben. Nach seiner eigenen Einschränkung hat der Mieter nicht schlechthin den Anspruch auf das Surrogat, sondern er kann nur den Teil verlangen, der sich als Vergütung für den dem Mieter entgangenen Gebrauch darstellt; die Bezifferung, welcher Teil des Ersatzes gerade auf die Zeit der unmöglich gewordenen Gebrauchsgewährung entfällt, ist aber auch hier Sache des Mieters. Die Höhe seines Anspruchs muß deshalb der Mieter zur Begründung seines Anspruchs auch beweisen. Diese Beweisschwierigkeit entfiele nur, wenn der Mieter schlechthin Anspruch auf das ganze Surrogat hätte. Dies ist dann der Fall, wenn der

[52] Lotmar II S. 189, 192 für den Arbeitsvertrag; Oertmann zu § 323, 5 im wesentlichen auch für Miete.

[53] Beradt, a. a. O. S. 40 ff.

[54] Zur Beweisfrage s. oben S. 18 Anm. 30.

Vermieter nur einen Ersatz für die Entziehung oder Minderung des Gebrauchs bekommen hat und nicht auch für die Sache selbst, z. B. wenn das verpachtete Grundstück vom Staate zwangsweise gepachtet wird, um dort einen Schießplatz anzulegen. Hier tritt der ganze Ersatz an die Stelle der geschuldeten Gebrauchsgewährung, so daß § 281 ohne Einschränkung anwendbar wäre[55]. Beradt erwähnt jedoch diesen Sonderfall nicht, sondern geht bei seinen Ausführungen vom Regelfall aus, bei dem Ersatz für den Kapitalwert geleistet wird. Hier ist eine Besserstellung des Mieters hinsichtlich der Beweislast durch § 281 nicht zu erkennen.

Führt somit der prozessuale Gesichtspunkt, den Beradt heranzieht, nicht zu einer Bejahung des Bedürfnisses für die Anwendung des § 281, so versagt auch der folgende materielle Grund.

2. Es sei angenommen, der Mieter habe soeben vertragsgemäß den Mietzins für ein Vierteljahr im voraus entrichtet, als plötzlich dem Vermieter die Gebrauchsgewährung durch einen Umstand unmöglich wird, für den er einen Ersatz oder Ersatzanspruch erhält. Ist nunmehr § 323 II dem Mieter versagt, dann gestaltet sich seine Rechtslage folgendermaßen. Durch die Unmöglichkeit ist seine Zahlungspflicht erloschen. Er kann gemäß § 323 III das Zuvielgeleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern. Dieses erscheint jedoch Dernburg und Beradt[56] als bedenklich. Nach § 818 III ist die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Hat nun nach Beradt der Vermieter den empfangenen Zins zur Zinsendeckung der das Haus beschwerenden Hypotheken verwendet, und ist er selbst mittellos, so würde der Mieter, obwohl von der Mietzahlungspflicht befreit, nichts zurückerhalten. Dieses unbillige Ergebnis würde dagegen vermieden, sofern der Mieter den Surrogationsanspruch geltend macht. Er bleibt in diesem Fall zur Gegenleistung verpflichtet. Der im voraus entrichtete Mietzins ist nicht zu Unrecht gezahlt. Der Mieter erhält seine Gegenleistung, die in dem vom Vermieter erlangten Ersatz bzw. Ersatzanspruch besteht.

Obwohl auf den ersten Blick das Beispiel überzeugend wirken könnte, hält es näherer Betrachtung nicht stand.

Zunächst ist festzustellen, daß die Bereicherung des Vermieters nicht dadurch weggefallen ist, daß er den Mietzins dazu benutzt hat, seine Hypothekenzinsen zu bezahlen. Verwendet der

[55] Nur für diesen Fall wendet Kisch a. a. O. S. 205 den § 281 an. Hier besonders auch Planck-Siber § 281 2 c; vgl. Grossart, a. a. O. S. 28, 30; Schulz, a. a. O. S. 7.

[56] Beradt, a. a. O. S. 42; Dernburg, a. a. O. § 218 III S. 191.

Vermieter das vorausbezahlte Mietgeld zur Deckung seiner Schulden, dann besteht eben seine Bereicherung in der Befreiung von dieser Verbindlichkeit[57].

Hat der Vermieter das Geld ausgegeben, und ist es ihm deshalb nicht möglich, dieselben Geldstücke realiter zurückzugewähren, so ist er nach § 818 II verpflichtet, den Wert zu erstatten. Diesen Wert ersetzt er dadurch, daß er die entsprechende Summe an den Mieter entrichtet[58].

Diesen Anspruch kann der Mieter gegen den Vermieter durchsetzen. In dem von Beradt gebildeten Beispiel ist der Vermieter vermögenslos. Jedenfalls aber hat er doch den Ersatz oder Ersatzanspruch, wenn dies auch der einzige Vermögensgegenstand sein sollte, und dieser kann als Vollstreckungsobjekt des fortbestehenden Bereicherungsanspruchs dienen. Hat freilich der Vermieter, der sonst vermögenslos ist, diesen Ersatz oder Ersatzanspruch schon vertan, dann geht der Mieter leer aus, aber nicht mehr und nicht weniger, als hätte er nicht den Bereicherungsanspruch, sondern den Surrogationsanspruch geltend gemacht. Auch bei letzterem steht der Mieter nicht günstiger, wenn der Vermieter vorher das Surrogat für sich verwendet oder beiseite geschafft hat.

So wie Beradt das Beispiel bildet, kann es ein Interesse des Mieters an der Geltendmachung des Surrogationsanspruchs nicht dartun. Nur die daselbst auf S. 42 Anm. 52 nebenbei erwähnte zweite Möglichkeit trifft das Wesen der Sache. Hat z. B. der Vermieter in einer leichtsinnigen Anwandlung den vorausbezahlten Mietzins verspielt, was er nicht getan, wenn er das Geld nicht besessen hätte, dann ist in der Tat seine Bereicherung weggefallen und der Mieter endgültig geschädigt. Zu beachten ist aber, daß eine derart unwirtschaftliche Verschwendung des Mietzinses in der Praxis des Wirtschaftslebens selten sein wird. Wenn aber tatsächlich ein derartiger Ausnahmefall sich ereignen sollte, und durch Versagung des § 323 II eine Härte entsteht, dann zeigt sich darin eine Unzulänglichkeit unseres Bereicherungsrechtes. Hier ist, rechtspolitisch betrachtet, die Ursache für die für diesen Einzelfall in Frage stehende Unbilligkeit zu suchen, da es gesetzgeberisch anfechtbar ist[59], „daß jedermann durch Verwendung des Erhaltenen zu Sektgelagen oder Vergnügungsreisen von dem Bereicherungsanspruch befreit ist, also in der Lage ist, auf fremde Kosten genossen zu haben". Wird diese Unbilligkeit im Wege

[57] RG v. 19. 3. 1912, im Recht 1912 Nr. 1295; Staudinger-Kober § 818 5 a γ, dort Literatur.

[58] § 818 II gilt auch für Geld; Presser, JW 1925 S. 1432; Staudinger-Kober zu § 818 4 e.

[59] So Siber S. 445.

der Rechtserneuerung beseitigt, dann entfiele der letzte Anhaltspunkt, § 323 II auf die Miete anzuwenden.

Aber auch schon nach geltendem Recht wirken die §§ 819, 822 einschränkend. Insbesondere bleibt nach § 819 der Vermieter weiter verhaftet, wenn er nach Kenntnis des Mangels des rechtlichen Grundes den Mietzins vergeudet hat.

Somit ist für die Praxis durch die Beispiele Beradts das Bedürfnis für eine Anwendung des Surrogationsanspruchs nicht dargetan. Da es aber immerhin möglich ist, daß sich, wie das vorige Beispiel zeigt, doch einmal eine Gelegenheit für die zweckentsprechende Anwendung der §§ 323 II, 281 bietet, ist noch die Frage zu klären, ob nicht die Unklarheiten und ungelösten Schwierigkeiten, die mit einer Anwendung des § 281 verbunden sind, die Vorteile wieder aufheben.

Wie schon zur Genüge betont ist, könnte der Mieter nicht schlechtin das Surrogat verlangen, sondern nur insoweit den Ersatz für sich beanspruchen, als derselbe den Mietgebrauch zu decken bestimmt ist, also den Gebrauchswert der Mietzeit darstellt. Die Höhe dieser Summe muß aber nun mit Sicherheit ermittelt werden. Hier erhebt sich die Frage, wie sie zu berechnen ist. Ist bei der Berechnung des Gebrauchswertes die Person des Mieters[60] oder die des Vermieters maßgebend, oder ist bald auf den Mieter, bald auf den Vermieter zurückzugehen?[61] Entscheidet das objektive oder subjektive Interesse, oder vielleicht beide, indem das subjektive Interesse des Mieters immer das Maximum bildet, das der Richter nach objektiven Grundsätzen herabzusetzen hat?[62]

An diesen Fragen zeigt sich deutlich, welch eine Fülle von Schwierigkeiten der Rechtsuchende zu überwinden hat, um für einen einzigen, selten vorkommenden Fall eine gerechte Lösung zu finden, auf den das Gesetz seinem Wortlaut nach nicht paßt. Gleichzeitig ist aber auch an diesem Beispiel zu erkennen, wie schwierig und undurchsichtig die Anwendung des Gesetzes wird, sobald man sich von den natürlichen Anwendungsfällen, die zwanglos unter seine Begriffe fallen, entfernt.

Meines Erachtens sind deshalb, trotz der auf den ersten Blick scheinenden Unbilligkeit, auch in dem genannten Schulbeispiel die Rechte aus § 281 dem Mieter zu versagen. Schon auf S. 24 haben wir festgestellt, daß mit jeder Vorleistung ein Risiko für den Vorleistenden verbunden ist. Gerade die Verteilung des Risikos bei der Miete weist uns auf die Bestimmung des § 574 hin, derzufolge

---

[60] Schollmeyer, a. a. O. S. 113 d; Beradt, a. a. O. S. 45.

[61] So Grossart, a. a. O. S. 29/30.

[62] So Beradt S. 46.

sich der Mieter der Gefahr der Doppelzahlung aussetzt, wenn er den Mietzins über eine gewisse Zeit hinaus im voraus entrichtet.

Mit diesen Ausführungen dürfte die Frage nach dem praktischen Bedürfnis, die §§ 323 II, 281 auf den entgeltlichen Mietvertrag anzuwenden, verneint sein. Tatsächlich ist in den einschlägigen Kommentaren und Lehrbüchern kein Gerichtsurteil[63] zitiert, in dem die Rechtsprechung zur Frage Stellung genommen hat. Eine ziemlich einheitliche Rechtsauffassung herrscht vielmehr darüber, daß bei der Miete als entgeltlichem Vertrag der Mieter nicht des § 281 bedarf, um zu seinem Recht zu kommen[64].

Besteht aber für die Regel der Fälle kein Bedürfnis, bei der Miete den Surrogationsanspruch zu gewähren, dann dürfte in Anbetracht der Schwierigkeiten bei der Gesetzesauslegung wie bei der technischen Durchführung der Ersatzanspruch dem Mieter zu versagen sein.

V. § 323 III

Wie die früheren Ausführungen schon gezeigt haben, steht der Anwendbarkeit des § 323 III BGB. nichts entgegen. Gerade mit Hilfe dieser Bestimmung ist es dem Mieter möglich, den vorausgezahlten Mietzins wieder zurückzufordern.

Hat der Vermieter den Mietzins erhalten und wird ihm durch Zufall die dem vorausgezahlten Entgelt entsprechende Gebrauchsgewährung nachher unmöglich, so kann der Mieter mit der condictio ob causam finitam, § 812 Abs. I Satz 2, die Rückgabe des Zinses fordern.

Zahlt der Mieter den Zins, n a c h d e m die Leistung des Vermieters unmöglich geworden war, dann steht ihm nach § 812 die condictio indebiti zu, sofern er die Zahlung in Unkenntnis der eingetretenen Unmöglichkeit geleistet hat, § 814.

Alle weiteren Fragen gehören in das Gebiet des Bereicherungsrechtes und gehen über die Aufgabe dieser Arbeit hinaus.

§ 7

Vom Mieter zu vertretendes Unmöglichwerden der Leistung des Vermieters. § 324 Absatz I

I. Vollkommenes Unmöglichwerden

Zu Anfang dieses Paragraphen sei nochmals darauf hingewiesen, daß zu den allgemeinen Problemen des § 324 BGB. — z. B.

[63] Ausnahme OLG Königsberg. PosMSchr. 1907, 102, zitiert bei Schulz, a. a. O. S. 25 Anm. 24 a. E., das § 281 ablehnt.

[64] Oertmann zu § 281 2 e; Planck-Siber § 281 2 c.

Vorteilsanrechnung nach dem zweiten Halbsatz — keine Stellung genommen wird, sondern nur die Besonderheiten des § 324 beleuchtet werden sollen, die sich aus seiner Anwendbarkeit auf die Miete als Dauervertrag ergeben.

Weder in Praxis noch Theorie trifft die Verwendbarkeit des Abs. I auf besondere Bedenken. Man sieht in der Bestimmung im Gegenteil eine zweckmäßige Ergänzung des Mietrechts aus den allgemeinen Regeln[1]. Einige Beispiele mögen dies belegen.

1. Der Mieter beschädigt die Mietsache in einer Weise, daß die weitere Benutzung gänzlich unmöglich wird[2].
2. Der Mieter eines Pferdes tötet dasselbe vor der Mietzeit[3].
3. Der Mieter einer Fabrik hat durch Verletzung bestehender Polizeivorschriften die Schließung der Fabrik herbeigeführt[4].
4. Der Mieter, der ein Schiff gemietet hat, erwirkt selbst einen Arrest, demzufolge der Vermieter nicht in der Lage ist, den Gebrauch zu gewähren[5].

In all diesen Fällen besteht der Vertrag weiter und zwar bei Totalunmöglichkeit in Form eines einseitigen Schuldverhältnisses[6], indem gerade die für die Miete typische Verpflichtung, den Mietgebrauch zu gewähren, wegfällt, und die neutrale Geldzahlungspflicht allein zurückbleibt.

Es erhebt sich nun die Frage, wie lange der Mieter verpflichtet bleiben soll, den meist periodisch zu zahlenden Mietzins weiterzuentrichten. Diese Fragestellung ergibt sich lediglich aus der Dauernatur des Mietvertrages, bei den vorübergehenden Schuldverhältnissen tritt sie nicht in Erscheinung. Reitet beispielsweise der Käufer das noch nicht übergebene Pferd bei einer Reitprobe zu Tode, und trifft ihn dabei die Verantwortung, dann hat er den Kaufpreis schlechthin zu zahlen. Dieser ist eine festbestimmte Summe, über die ein Streit nicht entstehen kann. Hier zeigt sich deutlich der praktische Unterschied zwischen der Dauerleistung und der Augenblicksleistung. Tritt uns beispielsweise der Mietvertrag in der Form eines wirtschaftlich vorübergehenden Schuldverhältnisses entgegen — S. 3 der Arbeit —, dann entfällt sofort das Problem.

---

[1] Enneccerus-Lehmann, a. a. O. II § 127 II 2b; Mittelstein, a. a. O. S. 231; Siber, Schuldrecht S. 279; Borcherdt, a. a. O. S. 58; Oertmann, Vorbem. § 535 4b β; Planck-Siber, Vorbem. vor § 537; OLG Marienwerder v. 25. 9. 1904, Rspr. 10 S. 165.

[2] Beispiele: Oertmann § 324 1b.

[3] Schollmeyer, § 324 1 S. 200.

[4] Brückner, a. a. O. S. 61 Anm. 1.

[5] RGZ 48, Nr. 24, S. 90.

[6] A. A. Dernburg 2 § 225 III: nur richtig für das preußische Recht, siehe StrArch. 90 S. 264.

Beim regelmäßigen Mietvertrag wird jedoch bezüglich der weiterlaufenden Zinszahlungspflicht folgende Begrenzung zu gelten haben.

Ist nicht für eine bestimmte Zeit gemietet, so endet die Zahlungspflicht mit dem ersten gesetzlichen Kündigungstermin. Diese Schranke ist der Verpflichtung des Mieters zu setzen und läßt sich dogmatisch rechtfertigen, Wie wir gesehen haben, besteht trotz der Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung das Mietverhältnis fort, insofern sind aber auch die für den Mieter günstigen Kündigungsvorschriften anwendbar. Er darf nicht stärker an den Vertrag gebunden werden als früher. Darin liegt, wie gleich gezeigt werden wird, keine Unbilligkeit gegenüber dem Vermieter.

Ist dagegen für eine bestimmte Vertragszeit unkündbar gemietet, so wird der Mieter gehalten sein, den Mietzins für die Vertragszeit zu zahlen. Aber auch hier dürften ihm die §§ 566 ff. BGB. zur Seite stehen.

Versagt ist dem Mieter aber das außerordentliche Kündigungsrecht des § 542 BGB. Denn dieses Recht ist an die zwar nicht ausgesprochene, aber selbstverständliche Voraussetzung gebunden, daß die nicht rechtzeitige Gewährung oder die Wiederentziehung des vertragsmäßigen Gebrauchs nicht auf einem vom Mieter selbst zu vertretenden Umstande beruht[7]. Ja, der Mieter wird sich auf die von ihm selbst herbeigeführte Unmöglichkeit der Erfüllung des Vertrages von seiten des Vermieters nicht einmal berufen dürfen, um statt der abverlangten Gegenleistung Schadensersatz zu erbringen[8]. Da ihm diese Beendigungsmöglichkeit des Vertrages versagt ist, besteht also seine Zahlungspflicht bis zu den erwähnten Terminen fort.

In dieser Begrenzung der Mietzahlungspflicht liegt keineswegs eine Unbilligkeit gegenüber dem Vermieter. Würde es sich im konkreten Fall nicht um einen Mietvertrag, sondern um einen Kaufvertrag handeln, dann würde in der Regel der gesamte Schaden durch die Gegenleistung gedeckt. Bei Miete und Dienstvertrag wird jedoch regelmäßig durch begrenzte Weiterzahlung des Mietzinses bzw. des Dienstlohnes der Verlust der Mietsache oder der Arbeitskraft nicht ausgeglichen. Diesen weitergehenden Schaden, den der Mieter durch den Sachwertverlust erleidet, kann der Vermieter aber stets dann liquidieren, wenn der Mieter durch eine unerlaubte Handlung die weitere Gebrauchsgewährung unmöglich gemacht hat, §§ 823 ff.[9].

---

[7] OLG Marienwerder I v. 29. 9. 1904 in Rspr. 10 S. 165.

[8] Kisch, a. a. O. S. 82; vgl. Bolze, Bd. VIII Nr. 186, S. 90.

[9] Kleineidam, a. a. O. S. 140; Mot. II S. 208; vgl. Kisch, a. a. O. S. 83, 84; Schollmeyer § 324 1, die beide nur von § 823 sprechen. Titze, a. a. O. S. 181.

Ob nur dieser außerkontraktliche Anspruch oder ob auch auf dem Boden des Vertrages selbst, auf Grund einer Verletzung der mieterischen Obhutspflicht ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden kann, ist bestritten. Die zu Anm. 9 dieser Arbeit angeführten Schriftsteller und die Motive stehen auf dem Standpunkt, daß in § 324 die Folgen der Vertragswidrigkeit ausschließlich geregelt seien, und damit nur eine deliktische Haftung konkurrieren könne. Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten. Der Mieter haftet nicht nur dann auf Ersatz des etwaigen weiteren Schadens, wenn in seiner Handlung eine unerlaubte Handlung zu sehen ist, sondern in gleicher Weise, wenn sich sein Tun als eine Verletzung seiner Obhutspflichten darstellt; denn der Mieter steht in bezug auf den Mietgegenstand zugleich in einem Verpflichtungsverhältnis, das er verletzt hat, und auf dem die weitergehenden vertraglichen Ersatzansprüche beruhen[10]. Indessen wird mit der Verletzung der mieterischen Obhutspflichten, die eine Beschädigung bzw. Zerstörung der Mietsache im Gefolge haben, der Tatbestand des § 823 I regelmäßig verwirklicht sein[11].

Es erhebt sich hier nur noch die Frage, wann dieser Schadensersatzanspruch gefordert werden kann. Bei strenger Befolgung des Grundsatzes, daß trotz der vom Mieter verschuldeten Unmöglichkeit das Mietverhältnis als einseitiges Schuldverhältnis weiterbesteht, und demzufolge der Vermieter nicht nur die Mietsache, sondern auch den entsprechenden Schadensersatz erst nach Schluß des Vertrages erhalten kann, würden dem Vermieter erst nach Ablauf der vorgesehenen Vertragszeit bzw. nach dem ersten Kündigungstermin die Ansprüche zustehen[12]. Diese Konsequenzen zieht aber die Praxis und die herrschende Rechtslehre nicht. Nach ihr ist der Vermieter so zu behandeln, als habe er schon geleistet. So wie er nach Erfüllung der Mietsache selbst, so kann er jetzt für die unmöglich gewordene Rückgabe sofort Schadensersatz verlangen[13].

Die voranstehenden Ausführungen galten der vom Mieter zu vertretenden vollständigen Unmöglichkeit. Im wesentlichen treffen sie jedoch auch auf den Fall zu, daß die Leistung des Vermieters nach Beginn der Vertragszeit gegenständlich total unmöglich wird[14], so daß für den folgenden Absatz nur die anderen Tatbestände der teilweisen Unmöglichkeit übrigbleiben.

---

[10] Oertmann § 324 1 b.

[11] Schollmeyer § 324 1. — Dabei wird der Vertragsanspruch wegen der Beweislastregelung des § 282 dem deliktischen praktisch vorzuziehen sein.

[12] Fuld, a. a. O. S. 99.

[13] Mittelstein, a. a. O. 389 und die dort unter Anm. 44 zitierten.

[14] Dieser Fall ist oben S. 32. 1. dieser Arbeit behandelt.

II. Teilweises Unmöglichwerden

Besonderheiten gelten für die teilweise Unmöglichkeit nur insofern, als hier das Mietverhältnis nicht als einseitiges, sondern zweiseitiges Schuldverhältnis bestehen bleibt. Der Mieter entrichtet mit der unter I vorgenommenen Beschränkung den vollen Mietzins, der Vermieter jedoch den teilweisen bzw. zeitweise möglich gebliebenen Mietgebrauch.

Häufig wird jedoch mit dieser Weitergewährung der Zinszahlungen gerade bei teilweiser Unmöglichkeit bei Dauerschuldverhältnissen dem Vermieter oder Dienstverpflichteten nicht gedient sein und dieses aus mancherlei Gründen.

Der Vermieter wird ein Interesse daran haben, die schon teilweise zerstörte Mietsache dem Mieter zu entziehen. Er will selbst von seiner weiterlaufenden Teilleistungspflicht befreit sein. Ferner will der Vermieter sich nicht der Gefahr aussetzen, wieder vollständig zur weiteren Gebrauchsgewährung verpflichtet zu sein, sobald die teilweise, insbesondere zeitweise Unmöglichkeit beseitigt ist. Entsprechend will häufig der Dienstpflichtige nicht länger im Hause des Dienstberechtigten verweilen.

Diese Gründe lassen es für den Vermieter angemessen erscheinen, nach § 553 den Vertrag fristlos zu kündigen, für den Dienstpflichtigen, nach § 626 vorzugehen. Dieses Kündigungsrecht steht dem Vermieter neben § 324 BGB. zu[15].

Es erhebt sich hier die Frage, welche Wirkungen diese Kündigung auf die Zahlungspflicht des Mieters ausübt. Nach Kisch[16] hört das Mietverhältnis sogleich auf. Der Mieter ist aber verpflichtet, dem Vermieter den Zins zu zahlen und zwar, wenn eine Vertragszeit vereinbart war, während derselben, sonst bis zum ersten Termin, zu dem der Mieter hätte kündigen können.

Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten. Über die Kündigung hinaus dürfte dem Vermieter der vertragliche Anspruch auf den Mietzins nicht zu gewähren sein, da er ja selbst freiweillig diesem Vertrag durch die Kündigung ein Ende setzt. Für die Zeit nach der Kündigung verliert deshalb der Vermieter den Anspruch auf die Gegenleistung[17].

Selbstverständlich stehen dem Vermieter auch hier gegebenenfalls die weitergehenden deliktischen Schadensersatzansprüche zu.

---

[15] Kisch, a. a. O. S. 87; Krahmer, a. a. O. S. 145.
[16] Kisch, a. a. O. S. 88.
[17] Planck-Siber § 324 4.

§ 8

Vom Vermieter nicht zu vertretendes Unmöglichwerden der Leistung während des Gläubigerverzuges des Mieters, § 324 II

I. Stellungnahme des Schrifttums

Dieselben Rechte, die dem Vermieter im Falle des Abs. I des § 324 zur Verfügung stehen, sind ihm nach der Wortfassung des Abs. II auch dann gegeben, wenn seine Leistung durch einen nicht von ihm zu vertretenen Umstand unmöglich wird, während der Mieter im Verzuge der Annahme ist. Da gemäß § 300 I der Vermieter während des Annahmeverzugs des Mieters nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, so behält nach dem Wortlaut des Gesetzes der Vermieter, sofern die Gebrauchsgewährung durch Zufall oder leichte Fahrlässigkeit ganz oder teilweise unmöglich wird, seine vollen Mietzinsansprüche.

Daß die konsequente Anwendung dieser Bestimmung auf die Miete zu wirtschaftlich unbilligen Ergebnissen führt, wird unter II zu zeigen sein.

Kritisch haben zu diesem Problem ausführlich weder die großen Kommentare, noch die Lehrbücher und einschlägigen Monographien Stellung genommen.

Planck[1] und Staudinger[2] begnügen sich mit der einfachen Anwendbarkeitsbemerkung ohne jegliche nähere Begründung, während Oertmann und der Kommentar der Reichsgerichtsräte die Frage nicht berühren.

Siber[3] dagegen lehnt die Anwendbarkeit von Abs. II aus Billigkeitserwägungen ab und Mittelstein (§ 52 S. 349) mit einer Begründung, die zum Verständnis der späteren Ausführungen hier wörtlich wiedergegeben wird.

> „Da die Regel des § 324 II darauf beruht, daß die Gefahr der Sache auf den anderen Teil übergegangen war, vgl. § 300 II, bei der Miete die Gefahr des Unterganges aber trotz der Übergabe der Mietsache bei dem Vermieter bleibt, so wird § 324 II auf die Miete nicht anwendbar sein."

Ehe wir jedoch auf die juristischen Möglichkeiten eingehen, § 324 II für die Miete auszuschalten, betrachten wir zunächst die praktischen Folgen, die mit einer buchstabengetreuen Gesetzesanwendung verbunden wären.

---

[1] Planck-Siber, Vorbem. § 537.
[2] Staudinger-Kober zu § 537 I.
[3] Siber, Schuldrecht a. a. O. S. 279.

II. Die praktischen Folgen einer Anwendung des § 324 II bei der Miete

Zwei Beispiele für den Miet- und Dienstvertrag mögen die Schwierigkeiten ins rechte Licht rücken.

1. Ein Mieter hat unkündbar auf fünf Jahre eine Mietsache gemietet. Während er im Annahmeverzug ist, wird die Sache durch ein Naturereignis zufällig zerstört.

   Muß nach § 324 II der Mieter fünf Jahre lang den Mietzins bezahlen?

2. Ich habe vom 1. I. 37 ab unkündbar auf fünf Jahre einen Gärtner verpflichtet. Als ich am 1. I. 37 in Annahmeverzug mit den Diensten komme, wird zufällig am folgenden Tage der Gärtner krank und bleibt infolge der Krankheit dauernd arbeitsunfähig.

   Muß ich fünf Jahre lang den Dienstlohn bezahlen?

Die Frage stellen, heißt für den praktischen Juristen auch, sie verneinen. Es erhebt sich nur die Frage, worin der Grund für diese Unbilligkeit liegt.

Dieser zeigt sich durch den Vergleich mit dem Kauf- oder Tauschvertrag.

Ist der Käufer mit der Annahme der gekauften Sache im Verzug, und geht während dieser Zeit die Ware unter, ohne daß es der Verkäufer zu vertreten hat, so verbleibt ihm unbestritten der Anspruch auf den Kaufpreis. Dieses Ergebnis empfinden wir nicht als ungerecht. Hätte der Käufer sich nicht grundlos geweigert, die ordnungsgemäß angebotene Ware abzunehmen, dann hätte der Verkäufer seine Verpflichtung erfüllt gehabt, und seinem Anspruch auf die Gegenleistung hätten sich keine Schwierigkeiten entgegengestellt. Daß vielleicht dasselbe Ereignis, das beim Käufer den Untergang der gekauften Ware verursacht hat, auch beim Verkäufer die Sache, sofern sie noch bei ihm geblieben wäre, getroffen hätte, spielt wegen des Gefahrüberganges keine Rolle.

Anders bei Miete und Dienstvertrag. In ihrer Natur als Dauerschuldverhältnisse liegt es begründet, daß die Verpflichtungen nicht durch einen einmaligen Akt erfüllt sind. Auch wenn der Mieter in die Wohnung eingezogen wäre, der Dienstberechtigte die Dienste angenommen hätte, so wäre weder die Schuld des Vermieters noch die des Dienstverpflichteten in ganzem Umfange erfüllt worden, so daß sie nunmehr das gesamte Entgelt hätten verlangen können.

Auch wenn ein Annahmeverzug nicht vorliegt, hört im Augenblieb des Eintrittes der zufälligen Unmöglichkeit das Recht des

Vermieters oder Dienstverpflichteten auf, die Gegenleistung zu verlangen (§ 323 I).

Damit entfällt aber die innere Berechtigung, § 324 II auf derartige Tatbestände anzuwenden.

Auf diese Weise erhielte der Dienstverpflichtete eine ihm sonst nicht zustehende Vergütung lediglich deshalb, weil die Krankheit zufällig in einem Zeitpunkt eingetreten ist, in dem sich der Dienstberechtigte im Annahmeverzug befunden hat. Entsprechendes gilt für den Mieter. Wäre der Mieter eingezogen oder hätte er sonstwie die Mietsache angenommen, dann würde er vom Augenblick der zufällig eintretenden Unmöglichkeit von der weiteren Mietzahlungspflicht befreit worden sein. Er kann nicht deshalb, weil er nicht eingezogen war, fünf Jahre lang den Mietzins zu zahlen schuldig sein.

Es zeigt sich mithin, daß, soweit Veräußerungsgeschäfte in Frage stehen, wie Kauf oder Tausch, die Regel des § 324 II ihre innere Berechtigung hat. Hätte in diesen Fällen der Gläubiger die Erfüllung nicht vereitelt, dann wäre das Risiko eines etwaigen späteren Unterganges der Vertragssache schon damals auf ihn übergegangen.

Bei Dienst- und Mietvertrag entfällt jedoch dieser Gesichtspunkt. Auch wenn der Gläubiger nicht in Annahmeverzug gekommen wäre, entfiele im Augenblick des Eintritts der Unmöglichkeit die Gegenleistungspflicht.

Im folgenden soll nun versucht werden, eine dogmatische Begründung für die Nichtanwendbarkeit des § 324 II BGB. zu erbringen.

III. Dogmatische Begründung der Ablehnung des § 324 II bei der Miete

1. Wenden wir uns zunächst dem Versuch Mittelsteins zu, der durch vergleichsweise Heranziehung des § 300 II BGB. die Ablehnung des § 324 Abs. II juristisch zu stützen sucht. § 300 II regelt den Gefahrübergang bei Gattungsschulden, bei denen sonst der Schuldner bis zur Konkretisierung zu der primär geschuldeten Gattungsleistung verpflichtet bleibt. Gefahrübergang im Sinne jenes Paragraphen bedeutet für den Schuldner nur eine Beschränkung seiner Leistungspflicht auf den nunmehr speziell bestimmten Leistungsgegenstand. Geht dieser in der Folge zufällig unter, dann wird der Schuldner gemäß § 275 BGB. von seiner Verbindlichkeit frei. Will man hier von einem Gefahrübergang sprechen, dann nur in dem Sinn, daß mit der Konkretisierung die Gefahr, die Sache bei zufälligem Untergang nicht mehr zu bekommen, auf den Gläubiger übergegangen ist.

Nur dieser Gefahrübergang, der auf der Seite des Schuldners sich in einer Entlastung, d. h. in einer Beschränkung seiner Leistungspflicht äußert, ist in § 300 II BGB. geregelt[4].

Der § 324 II behandelt aber die hiervon gänzlich verschiedene Frage, ob der Schuldner trotz eigener Befreiung von der Leistung die Vergütung verlangen kann. Dieser Paragraph regelt die sog. Gegenleistungs- oder Vergütungsgefahr. Er spricht sich darüber aus, wer im Falle der Unmöglichkeit um den wirtschaftlichen Wert der Sache ärmer wird. Es handelt sich also in den §§ 300 II und 324 um ganz verschiedene Tatbestände der Gefahrtragung. Aus diesem Grunde dürfte der Vergleich mit § 300 II die Fragen der Verwendbarkeit des § 324 II auf die Miete wenig klären.

2. Es muß also ein anderer Weg gewählt werden, um der wirtschaftlichen Vernunft zum Siege zu verhelfen, und diese Lösung knüpft an den Wortlaut des § 324 II selbst an.

> „Das gleiche gilt, wenn die dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist."

Die Möglichkeit, den Mieter in Annahmeverzug zu setzen, wird ohne Bedenken von der Mehrzahl der Schriftsteller angenommen[5], und zwar in der Regel, ohne daß irgendwelche Bedenken geäußert werden. Und doch ist die Möglichkeit des Annahmeverzugs des Mieters für die regelmäßigen Fälle nicht zweifelsfrei.

Nach verbreiteter Rechtsauffassung ist ein Annahmeverzug dann nicht möglich, wenn es zur Erfüllung der Verbindlichkeit gar keiner Mitwirkung des Gläubigers bedarf[6]; denn durch ein rein passives Verhalten kann der Gläubiger nicht in Annahmeverzug kommen. In diesen Fällen tritt ein Gläubigerverzug nur dann ein, wenn dieser die Leistung des Schuldners hindern kann und wirklich hindert[7].

Als Beispiele für eine Schulderfüllung, die sich ohne Mitwirkung des Gläubigers vollziehen kann, benennt Planck die Beseitigung störender Anlagen auf dem eigenen Grundstück, § 907, Erfüllung von Unterlassungspflichten, Verzicht auf dingliche Rechte usw.

---

[4] Enneccerus-Lehmann § 58 II S. 221; Planck-Siber § 243 4 b; § 300 3 a; Oertmann § 300 3 b; Stern, a. a. O. S. 38; a. A. Staudinger-Werner § 300 II S. 382.

[5] Enneccerus-Lehmann § 128 I, 1 S. 464; Niendorff, a. a. O. S. 117; Mittelstein, a. a. O. S. 349.

[6] Enneccerus-Lehmann § 57 I S. 216.

[7] Planck-Siber § 293 1 a; Rosenberg, JherJahrb. Bd. 43 S. 141; weitere Literatur bei Lotmar II S. 285, Anm. 1.

Es drängt sich bei dieser Betrachtung die Frage auf, ob nicht auch der Vermieter ohne jegliche Mitwirkung des Mieters erfüllen kann. Der Vermieter hat die Mietsache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustand zu überlassen und sie darin zu erhalten. Wenn der Vermieter zum angesetzten Termin ordnungsgemäß die Sache zur Verfügung stellt, so kann dieses schon als Erfüllung angesehen werden; denn der Vermieter ist nicht einmal verpflichtet, dem Mieter den Schlüssel zu bringen, vielmehr hat sich der Mieter selbst den Schlüssel abzuholen. Einen Fingerzeig bietet § 552 BGB. Der Vermieter kann den Anspruch auf die Gegenleistung geltend machen, wenn der Mieter durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Benutzung der Mietsache gehindert ist. Dieser Anspruch des Vermieters ist der vertragsmäßige Erfüllungsanspruch[8]. Kann aber nach dem Willen des Gesetzes der Vermieter selbst erfüllen, wenn der Mieter am Gebrauch verhindert ist, dann dürfte dieses sicher anzunehmen sein, wenn der Mieter nicht gehindert ist, sondern von sich aus freiwillig die Benutzung der Mietsache unterläßt. Damit kämen wir zu dem Satz, „daß der Vermieter durch das Bereitstellen der Mietsache erfüllt“[9]. Da dieses Bereitstellen jedoch ohne Zutun des Mieters geschehen kann, ist nach den früheren Ausführungen ein Annahmeverzug des Mieters für die regelmäßigen Fälle nicht möglich[10].

Fehlt es aber am Annahmeverzug, dann ist die Gefahrregelung des § 324 II auf die Miete nicht anwendbar und es verbleibt bei der allgemeinen Bestimmung des § 323 BGB. § 323 regelt die Gegenleistungs- oder Vergütungsgefahr ganz allgemein. Insofern ist der § 324 II eine Ausnahme für die Gefahrregelung bei allen gegenseitigen Verträgen, zu denen dann bei den einzelnen Verträgen noch Sonderbestimmungen hinzukommen können, z. B. §§ 446, 447 beim Kauf.

Gemäß § 323 trägt die Vergütungsgefahr der Schuldner bis zur Erfüllung. Da bei der Miete sich die Erfüllung von seiten des Vermieters nicht in einer Augenblicksleistung verwirklicht, sondern stetig durch Gebrauchsgewährung vollzieht, trägt auf Grund dieser rechtlichen Struktur der Vermieter gemäß § 323 während der ganzen Mietzeit die Gefahr zufälliger Vereitelung der Gebrauchsgewährung, insbesondere des Untergangs der Mietsache. Er verliert die Gegenleistung ganz, wenn die Mietsache vor der Vertragszeit, zum Teil, wenn sie während der Mietzeit untergeht.

[8] Oertmann § 552 2.

[9] Stern, S. 8.

[10] An der Möglichkeit des Annahmeverzuges zweifelnd Schöller, Gruch-Beitr. Bd. 46 S. 286 Nr. 77.

Von dem Augenblick an, von dem der Vermieter aufhört zu erfüllen, hört sein Anspruch auf die Gegenleistung auf, denn er trägt ja bis zur Erfüllung ständig die Gefahr.

Praktisch führt diese Überlegung durch die Leugnung des Annahmeverzuges des Mieters zu einer Ersetzung des § 324 II durch § 323, ein Ergebnis, das der Billigkeit durchaus entspricht.

Trotzdem dürfte diese juristische Begründung nicht befriedigen. Zunächst einmal beruht sie einzig und allein auf der Verneinung des Annahmeverzuges des Mieters, einer Annahme, der die herrschende Lehre nicht folgt. Wenn auch die auf S. 54 unter Anm. 5 zitierten Schriftsteller für die Unterstellung des Annahmeverzuges des Mieters eine Begründung nicht geben, so wird sie doch folgende Überlegung geleitet haben. Zahlreiche Schriftsteller stehen auf dem Standpunkt, daß es bei den Schuldverhältnissen, die der Schuldner ohne Mitwirkung des Gläubigers erfüllen kann, zum Eintritt des Annahmeverzuges durchaus nicht einer tatsächlichen Hinderung der Erfüllung des Schuldners von seiten des Gläubigers bedarf, sondern, daß die bloße Äußerung des Nichtannahmewillens genügt. Das Veto des Gläubigers allein sei genügend, um seinen Annahmeverzug zu begründen[11].

Damit wäre die Möglichkeit eines Annahmeverzuges des Mieters nicht nur in den Fällen der tatsächlichen Hinderung der Erfüllung, sondern weit häufiger begründet. Überdies bedeutete diese Konstruktion nur für den Mietvertrag eine Notlösung, um den § 324 II auszuschalten. Wie aber oben im Beispiel gezeigt worden ist, ist die Unbilligkeit der Folgen des Abs. II beim Dienstvertrag nicht geringer; daß aber bei ihm ein Annahmeverzug vorkommen kann, ist unzweifelhaft.

Es muß also nach einer Lösung gesucht werden, die nicht speziell auf den Mietvertrag zugeschnitten ist, sondern auch den Dienstvertrag umfaßt.

3. Eine solche Lösung könnte in der einschränkenden Auslegung des § 324 II für Miete, Dienstvertrag und verwandte Verträge gefunden werden.

Einen Fingerzeig bietet § 615 BGB.

> „Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzuges nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein."

Durch die Wortfassung „infolge" ist ausgedrückt, daß zwischen dem Annahmeverzug des Dienstberechtigten und der Nichtleistung der Dienste ein ursächlicher Zusammenhang be-

[11] Oertmann § 293 2; Lotmar II S. 286.

stehen muß. Würden wir in § 324 II einen derartigen Kausalzusammenhang fordern, so würde das sonst unbillige Ergebnis aus der Welt geschafft; denn in den von uns oben gebildeten Beispielen fehlte der Kausalzusammenhang zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit.

Dem Vermieter war die Gebrauchsgewährung nicht unmöglich geworden, weil der Mieter sich geweigert hatte, die Mietsache anzunehmen, sondern weil sie untergegangen war. Dem Dienstverpflichteten war die Leistung seiner Dienste nicht deshalb unmöglich, weil der Dienstberechtigte sie nicht angenommen hat, sondern weil das Schwinden seiner Arbeitskraft infolge der Krankheit ihm die Möglichkeit nahm, in Zukunft die Dienste zu leisten.

Es fragt sich nur, ob wir einen derartigen Sinn in den § 324 II hineininterpretieren dürfen[12]. Der Wortlaut des § 324 II spricht jedenfalls dagegen. Für den Dienstvertrag könnte immerhin § 615 als Spezialbestimmung verwertet werden, die den § 324 II verdrängt. Aber selbst diese Folgerung ist bestritten[13]. Insoweit § 324 durch das Nichterfordernis des Kausalzusammenhangs über das Anwendungsgebiet des § 615 hinausgeht, soll er selbständig anwendbar sein. Da somit ohne Willkür der Wortlaut des § 324 II in seiner allgemeinen Formulierung in unserem Sinne nicht vergewaltigt werden darf, muß auch diese Lösung des Problems, durch restriktive Auslegung des § 324 II selbst das gerechte Ergebnis zu erzielen, als bedenklich bezeichnet werden.

4. War eine befriedigende dogmatische Begründung der Ablehnung des § 324 II auf die Miete in den vorerwähnten Lösungsversuchen nicht zu sehen, so ergibt sich diese zwanglos aus folgender Überlegung. Diejenigen Autoren, die den § 324 II neben § 615 auf den Dienstvertrag zur Anwendung bringen, tun dieses nicht schrankenlos. Auch sie sind gezwungen, der Natur des Dienstvertrages als eines Dauerschuldverhältnisses Rechnung zu tragen, indem sie zu einer naturnotwendigen Begrenzung der Zahlungspflicht des Dienstberechtigten kommen. Eine derartige Begrenzung der Gegenleistung haben wir selbst schon bei der Besprechung des § 324 I in der Art vorgenommen, daß die Zeitschranke der Zahlungspflicht die ordnungsgemäße Beendigung des Vertrages ist, sei es durch Ablauf der vorgesehenen Vertragszeit, sei es durch die gesetzliche Kündigungsfrist. Nur die außerordentliche Kündigung des § 542 war dem Mieter versagt, weil er selbst für die Nichtgewährung des Mietgebrauchs verantwortlich war.

[12] Titze in Ehrenbergs Hdb. S. 776.

[13] Lotmar II S. 363; Oertmann § 615 2 halten § 324 II für anwendbar neben § 615.

Diesem Grundgedanken entsprechend, nehmen beim Dienstvertrag die erwähnten Autoren gleichfalls an, daß im Falle des § 324 II der Dienstberechtigte nur so lange verpflichtet ist, den Lohn weiterzuzahlen, als das Arbeitsverhältnis weiter zu Recht besteht[14].

Der Dienstverpflichtete behält zwar seinen Lohnanspruch, solange die Unmöglichkeit dauert, aber nur immer im Rahmen und während der Dauer des Dienstvertrages[15]. Hört der Dienstvertrag auf, dann erlischt auch die Lohnzahlungspflicht des Dienstberechtigten. Dieses Erlöschen des Dienstvertrages kann eintreten durch Tod des Dienstverpflichteten, Ablauf der vorgesehenen Dienstzeit, aber auch durch Kündigung[16].

Mit der Zubilligung des Kündigungsrechtes ist aber dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben, das Vertragsverhältnis zum Abschluß zu bringen und sich von der weiteren Lohnzahlungspflicht zu befreien.

Diese Grundsätze, die von Lotmar, also jenem Schriftsteller vertreten werden, der § 324 II neben § 615 zur Anwendung bringt, führen, wenn man sie auf die Miete anwendet, zu dem gewünschten Ergebnis, ohne daß wir gezwungen sind, dem § 324 II für die vorliegenden Verträge einen andern Sinn zu unterschieben.

Endet das Dienstverhältnis durch Tod des Dienstverpflichteten, dann endet die Miete durch zufälligen Untergang der Mietsache[17]. Über das Mietverhältnis hinaus aber ist gemäß den vorigen Ausführungen eine weitergehende Mietzahlungspflicht nicht zu rechtfertigen.

Ferner steht dem Mieter das Kündigungsrecht zur Seite. Von ihm wird er vorzugsweise dann Gebrauch machen, wenn es sich um eine teil- bzw. zeitweise Unmöglichkeit der Gebrauchsgewährung handelt. Mit der Kündigung endet das Mietverhältnis, und einer weitergehenden Mietzahlungspflicht ist der Boden entzogen. Es besteht im Falle des § 324 II kein Grund, dem Mieter das Kündigungsrecht des § 542 zu versagen, denn die Unmöglichkeit beruht hier nicht auf einem Umstand, den er zu vertreten hat. Die Unbilligkeit, die zur Versagung des fristlosen Kündigungsrechtes im ersten Absatz des § 324 führen mußte, liegt hier nicht vor.

Damit ist bei Miete und Dienstvertrag der Anwendungsbereich des § 324 II in der richtigen Weise begrenzt. Wird während des Annahmeverzuges des Mieters oder Dienstberechtigten die Leistung

[14] Lotmar II S. 307.
[15] Lotmar II S. 198.
[16] Lotmar II S. 198.
[17] Dernburg § 225 III; Schöller, GruchBeitr. Bd. 46 S. 270.

des Gegners zufällig oder durch leichte Fahrlässigkeit ganz oder teilweise unmöglich, dann besteht an sich gemäß § 324 II die Leistungspflicht des Mieters und Dienstberechtigten fort, jedoch nicht über die Dauer des Vertrages hinaus. Dieser findet aber bei der Miete durch vollständigen Untergang der Mietsache von selbst sein Ende, bei teilweiser durch die Kündigung des Mieters.

§ 9

Die Anwendbarkeit der §§ 325, 326, 327

I. Allgemeine Betrachtung

Konnte bis jetzt die Frage der Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der §§ 320 ff. BGB. auf die Miete dadurch beantwortet werden, daß der jeweilige Tatbestand des einzelnen Paragraphen auf die Miete exemplifiziert wurde, so dürfte im Falle der §§ 325, 326 diese Art der Untersuchung nicht dem Zweck der Aufgabe gerecht werden.

Die §§ 325, 326 umschließen eine derartige Vielheit verschiedener Anwendungsfälle, ungelöster Streitfragen und Probleme, daß die Einzeluntersuchung eines jeden durch §§ 325, 326 gedeckten Tatbestandes auf die Miete zu einer im wesentlichen farblosen Darstellung dieser beiden Bestimmungen führt, nicht aber die mietrechtlichen Besonderheiten herausstellt.

Zweckmäßig ist deshalb von der typischen Rechtsfolge der §§ 325, 326 auszugehen. Diese ist in beiden Bestimmungen im wesentlichen die gleiche: Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt. Diese Lage der Dinge rechtfertigt auch die Zusammenfassung der §§ 325, 326 in einer einheitlichen Betrachtung. Es gilt hier zu untersuchen, inwieweit diese beiden Rechte mit der Natur der Miete als Dauerschuldverhältnisses vereinbar sind, bzw. ergänzend eingreifen können.

II. Rücktritt oder Kündigung

In beiden Bestimmungen ist unter gewissen Voraussetzungen ein Rücktrittsrecht vorgesehen. Der Rücktritt ist eine einseitige Willenserklärung, die den Vertrag auflöst. Diese durch den Rücktritt erzielte Auflösung wirkt ex tunc. Sie greift in die Vergangenheit zurück, indem sie den Vertrag rückwirkend bis auf seinen Beginn vernichtet und die schon eingetretenen Wirkungen wieder entkräftet.

Ein solches Rücktrittsrecht widerspricht jedoch der Dauernatur des Vertrages. Sobald der Mietvertrag begonnen hat, ins-

besondere durch Überlassung der Mietsache vollzogen ist, bedeutet die in die Vergangenheit zurückgreifende Auflösung des Vertrages einen Verstoß gegen das entstandene Vertrauensverhältnis. Sobald das Mietverhältnis durch Übergabe realisiert ist, ist auch die tatsächliche Unmöglichkeit der gegenseitigen Rückgewähr der empfangenen Leistungen ein Hindernis für die Anwendbarkeit der §§ 346 ff.[1] und führt überdies bei länger dauernden Verträgen zu einer unerträglichen Verwirrung des ganzen Rechtsverhältnisses.

Aus diesem Grund greift für den Mieter das Kündigungsrecht des § 542 ein. Auch die Kündigung ist eine einseitige Willenserklärung, die das Mietverhältnis auflöst, jedoch nur für die Zukunft. Sie läßt die eingetretenen Wirkungen bestehen und entzieht ihnen nicht wie der Rücktritt ihren Rechtsbestand. Mit dem Wirksamwerden der Kündigung hören die Verpflichtungen der Parteien auf, die erbrachten Leistungen jedoch bleiben unberührt.

Insofern ist die Kündigung vom Rücktritt wesensverschieden[2].

1. Rücktritt oder Kündigung von seiten des Mieters

Da das Kündigungsrecht des § 542 der Natur des echten Dauervertrages besser entspricht als das Rücktrittsrecht, so ist dieses für sämtliche Fälle, die durch § 542 gedeckt sind, gegenstandslos[3]. Das erhellt allein schon aus der Tatsache, daß § 542 einen weit über §§ 325, 326 hinausgehenden Schutz gewährt. Nach § 325 könnte der Mieter nur vom Vertrage zurücktreten, sofern der Umstand, auf dem die Unmöglichkeit beruht, vom Vermieter zu vertreten ist, und entsprechend ist im § 326 das Rücktrittsrecht nur bei Verzug des anderen Teiles gewährt. Das Kündigungsrecht aus § 542 hat diese Erfordernisse nicht.

Schließlich ist nach den §§ 325, 326 bei teilweiser Unmöglichkeit, bzw. bei teilweiser Nichtbewirkung der Leistung bis zum Ablauf der Frist ein Rücktritt vom ganzen Vertrage nur dann möglich, wenn die noch mögliche Teilleistung für den Mieter kein Interesse hat.

Anders das Kündigungsrecht, das dem Mieter nach § 542 die Möglichkeit gibt, das ganze Schuldverhältnis auch bei teilweiser Nichterfüllung aufzuheben, ohne daß er sein mangelndes Interesse nachweisen braucht.

---

[1] Keidel, a. a. O. S. 322.

[2] RGZ 83/400; 90/320; Staudinger-Werner, Vorbem. § 346 I 1 b β; Oertmann § 346 Vorbem. 4; Gierke, a. a. O. S. 387.

[3] Planck-Siber § 542 1; Titze, a. a. O. S. 286; Schöller, GruchBeitr. Bd. 46, S. 272.

Im Gegensatz zu dieser durchaus anerkannten Rechtsauffassung will Kisch[4] neben der Kündigung gegebenenfalls ein Rücktrittsrecht zubilligen. Aber gerade der Beweggrund, den er für die Zweckmäßigkeit der Verwendung des Rücktrittsrechtes anführt, erweckt Bedenken. Nach ihm soll der Gläubiger dann von dem Rücktritt Gebrauch machen können, wenn die bisher vom Schuldner erbrachten Leistungen für ihn kein Interesse haben. Bei dem auf die Dauer angelegten Mietvertrage behalten jedoch regelmäßig die erbrachten Leistungen ihren wirtschaftlichen Wert für den Gläubiger. Dies kommt zum Ausdruck in den periodischen Teilzahlungen des Mieters, mit denen er den jeweiligen Mietabschnitt entlohnt. Nur dann dürfte das Interesse an der bisherigen Gebrauchsgewährung wegfallen, wenn es sich um einen Vertrag handelt, wie er oben S. 3 geschildert ist. Habe ich für einen Festzug einen Fensterplatz gemietet, dann handelt es sich wirtschaftlich um ein vorübergehendes Schuldverhältnis, bei dem die Gegenleistung von vornherein in einer einheitlich festgesetzten Summe besteht. Hier wird der Rücktritt durchaus am Platze sein[5]. Kisch trifft also mit seinen Ausführungen, streng genommen, nicht den echten Typ des Dauervertrages.

Gehen wir also von der Tatsache aus, daß die Kündigung nach § 542 gegenüber dem allgemeinen Rücktrittsrecht der §§ 325, 326 als Spezialgesetz anzusehen ist, dann bleibt nur die Frage noch zu beantworten, wie die Fälle zu behandeln sind, auf die § 542 nach seinem Wortlaut nicht paßt. Die Vielgestaltigkeit des Rechtslebens hat gezeigt, daß es Möglichkeiten gibt, die durch § 542 nicht direkt erfaßt sind.

Am leichtesten haben Theorie und Praxis eine auf dem Wortlaut des § 542 beruhende Schwierigkeit überwunden. In der Setzung einer Frist zur Abhilfe kommt der Gedanke zum Ausdruck, daß der Vermieter stets in der Lage ist, die Mietsache ordnungsgemäß zu gewähren. Es ist aber unbedenklich, § 542 auch auf die Fälle der unheilbaren Unmöglichkeit anzuwenden[6].

Schwieriger ist dagegen die Lücke zu schließen, wenn es sich schon vor Beginn des Mietvertrages herausstellt, daß der Vermieter den Gebrauch nicht gewähren kann oder will. Letzteres kann sich dadurch zeigen, daß vor Beginn der Mietzeit der Vermieter sich weigert, die Sache instand zu setzen. Die direkte Anwendung des § 542 stößt auf Schwierigkeiten, weil sowohl diese Bestimmung, als auch die §§ 544, 553, 554, 564, 569 über-

[4] Kisch, a. a. O. S. 147.

[5] Vgl. Schöller in GruchBeitr. Bd. 46, S. 275; unter Heranziehung des § 628 Abs. I S. 2.

[6] Schöller, GruchBeitr. Bd. 46, S. 270; Oertmann § 542, 2.

einstimmend von einer Kündigung des Mietverhältnisses sprechen, ein solches Mietverhältnis aber erst in Kraft tritt, wenn die Mietzeit begonnen hat[7]. Überdies spricht § 542 von rechtzeitiger Gewährung und Wiederentziehung, beides Möglichkeiten, die erst nach dem Antrittstermin praktisch werden können.

Die Streitfrage jedoch, ob in diesen Fällen in analoger Anwendung des § 542 schon vor Beginn der Mietzeit ein Kündigungsrecht gegeben ist, sofern es gewiß ist, daß seine Voraussetzungen bei Beginn der Mietzeit vorliegen[8], oder ob diese Fälle durch ein Rücktrittsrecht nach §§ 325, 326 zu erfassen sind[9], ist nicht von großer praktischer Bedeutung.

Ehe die Vertragszeit herangekommen ist, stehen sich hinsichtlich der Vertragsauflösung Kündigung und Rücktritt gleich; denn das Erlöschen unerfüllter Verpflichtungen ist bei der nicht rückwirkenden Kündigung nicht anders wie beim rückwirkenden Rücktritt. Auch die Kündigung schafft vor Vertragsbeginn einen Zustand, als sei der Vertrag überhaupt nicht geschlossen. Rein logische Erwägungen müßten uns zur ausschließlichen Anwendbarkeit eines Rücktrittsrechts führen. Da jedoch §§ 325, 326 ein Verschulden des Vermieters voraussetzen, der Mieter aber schon vor Beginn des Vertragsverhältnisses ein berechtigtes Interesse daran hat, vom Vertrage loszukommen, wenn er sicher ist, daß zu Beginn des Mietverhältnisses die Voraussetzungen des § 542, der kein Verschulden fordert, gegeben sind, so ist auch vor Beginn der Vertragszeit analog § 542 ein Kündigungsrecht zu gewähren. Das Verhältnis von Kündigung und Rücktritt vor Beginn der Mietzeit gestaltet sich also folgendermaßen. Steht fest, daß die Nichtgewährung des Gebrauchs zum angesetzten Termin vom Vermieter nicht verschuldet ist, dann ist ausschließlich das Kündigungsrecht des § 542 gegeben. Beruht dagegen die zukünftige Nichtgewährung auf einem Verschulden des Vermieters, dann steht dem Mieter das allgemeine Rücktrittsrecht, wahlweise aber auch das minder einschneidende Recht der Kündigung zu. Die Kündigung ist insofern als das weniger einschneidende Recht anzusehen, weil mit ihm ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verbunden werden kann, der mit dem Rücktritt nicht vereinbar ist, vielmehr gerade durch ihn ausgeschlossen wird[10].

Ähnlich ist die Rechtslage, wenn die Vertragszeit zwar begonnen hat, aber die Mietsache noch nicht übergeben ist. Hier

[7] Mittelstein, a. a. O. S. 223.

[8] Planck-Siber § 542 5b; Staudinger-Kober § 542 I, 6; Schöller, GruchBeitr. Bd. 46, S. 272.

[9] Keidel, a. a. O. S. 322; Mittelstein, a. a. O. S. 223.

[10] Vgl. S. 68, 69 dieser Arbeit.

greift zunächst § 542 als mietrechtliche Sonderbestimmung ein. Ist jedoch die Nichtleistung vom Vermieter verschuldet, dann dürfte wiederum wahlweise neben der Kündigung auch ein Rücktrittsrecht nach den allgemeinen Regeln zuzulassen sein[11]. Auch hier bedeutet der Rücktritt genau wie im vorigen Fall noch keinen Verstoß gegen das besonders der Miete eigentümliche Vertrauensverhältnis, da dieses nicht mit dem Abschluß, sondern erst mit dem Vollzuge des Vertrages durch die Übergabe der Mietsache beginnt. Zusammenfassend ergibt sich Folgendes:

Bis zur Realisierung des Vertrages stehen dem Mieter die Kündigung und, sofern die Voraussetzungen der §§ 325, 326 insbesondere hinsichtlich des Verschuldens erfüllt sind, wahlweise auch das Rücktrittsrecht zu. Nach Übergabe der Mietsache ist ihm nur die nichtrückwirkende Kündigung des § 542 gegeben. Dieses Ergebnis folgt aber nicht nur aus der Betrachtung des Vertrauensverhältnisses, das mit Übergabe der Mietsache entsteht, sondern wird auch durch gesetzliche Bestimmungen gestützt. Gemäß § 32 Seem. Ord. ist der Kapitän oder Reeder berechtigt, wenn der Schiffsmann den Dienst länger als 24 Stunden verzögert, vom Heuerverträge zurückzutreten. Deutlicher tritt aber die Bedeutung der Übergabe der Mietsache hinsichtlich des nachträglichen Ausschlusses des Rücktritts in den §§ 19, 20 KO in Erscheinung. Die §§ 19, 20 KO sind eine besondere Regelung gegenüber § 17 KO. Die Regel des § 17 KO ist auf vorübergehende Verträge, deren Erfüllung sich Zug um Zug vollzieht, abgestellt. Demgegenüber tragen die §§ 19, 20 KO der Natur von Miete und Pacht in ihrer Eigenschaft als Dauerschuldverhältnisse Rechnung[12]. Nach § 19 Satz 1 ist für das Konkursverfahren nur das Kündigungsrecht gegeben, wenn die Mietsache schon überlassen, während nach § 20 Abs. 1 das Rücktrittsrecht vorgesehen ist, wenn die Mietsache noch nicht überlassen war[13].

2. Rücktritt oder Kündigung von seiten des Vermieters

Auf der Vermieterseite ergeben sich für Rücktritt und Kündigung die gleichen Fragen.

Auch hier ist das Rücktrittsrecht durch § 554 ausgeschlossen. Da in der Regel die Schuld des Mieters in Geld besteht, wird vor allem das Rücktrittsrecht des § 326 durch die Kündigung verdrängt. Es ist nicht anzunehmen, daß der Vermieter bei Verzug

[11] Mittelstein, a. a. O. S. 223.

[12] Jaeger zu § 19 I S. 361.

[13] Vgl. Mittelstein S. 171. 3. Aufl.

des Mieters mit nur einer Mietrate unter den Voraussetzungen des § 326 vom ganzen Vertrag zurücktreten dürfte[14]. Hier greift die Sonderregel des § 554 ein. Durch § 554 sind aber nicht alle Fälle gedeckt. Hatte z. B. der Mieter neben seiner Zahlungspflicht versprochen, für diese eine Sicherheit zu stellen, und kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so läßt sich dieser Tatbestand dem § 554 nicht unterordnen. Da es sich aber um eine synallagmatische Verpflichtung handelt, würden hier die §§ 325, 326 ergänzend mit einem Rücktrittsrecht eingreifen. Hatte der Vertrag beispielsweise längere Zeit gedauert, so würde ein Rücktritt von seiten des Vermieters ein ebenso großer Verstoß gegen die Vertrauensbeziehungen sein, wie ein Rücktritt des Mieters in den früheren Fällen des vollzogenen Mietvertrages. Auch hier bringt der Rücktritt Verwirrung und Unsicherheit in die rechtlichen Beziehungen der Parteien.

Das Reichsgericht[15] glaubt in einem solchen Falle ein Rücktrittsrecht zubilligen zu müssen, weil sonst dem Vermieter die Möglichkeit benommen sei, sofort den Vertrag aufzulösen. Die §§ 542, 553, 554 umfassen festumrissene Tatbestände. Eine endgültige und erschöpfende Sonderregelung, die das Rücktrittsrecht wie im Falle der §§ 626, 723 ausschließt, sieht das Reichsgericht in ihnen nicht. Soweit ein Tatbestand nicht den mietrechtlichen Bestimmungen unterliegt, ist die Lücke durch die §§ 325, 326 zu schließen.

Diese Technik der Gesetzesauslegung befriedigt aber nicht. Es entspricht sowohl der Einhelligkeit der Rechtsanwendung wie auch der Billigkeit des praktischen Ergebnisses, die Lücke durch rechtsanaloge Anwendung der Kündigung zu schließen. Nicht nur bei Dienst- und Gesellschaftsverträgen ist die persönliche Bindung der Parteien so stark, daß die rückwärtige Vertragsauflösung ein Vertrauensmißbrauch sein würde, sondern Gleiches hat auch heute von der Miete, insbesondere der Wohnungsmiete zu gelten. Ist für die beiden ersten Verträge die Kündigung als die alleinige Möglichkeit anerkannt, den Vertrag nach seinem Vollzug durch einseitige Willenserklärung zu beenden, so ist dieser Rechtssatz auf die Miete zu übertragen. Nicht nur beim Gesellschafts- und Dienstvertrag, sondern auch bei der Miete, die gleichfalls auf dem gegenseitigen Vertrauen der Vertragsbeteiligten beruht, widerspricht es Treu und Glauben, den Vertrag für die Vergangenheit aufzulösen. Wir müssen in der Kündigung eine für sämtliche Dauerschuldverhältnisse, die durch persönliches Zusammenwirken der Parteien ausgezeichnet sind, erschöpfende und endgültige Sonder-

[14] Schöller, GruchBeitr. Bd. 46, S. 284.
[15] RGZ 105/169.

regelung sehen, durch die nach dem realen Vollzug diese Verträge nur für die Zukunft aufgelöst werden können[16]. Zu diesen Verträgen gehört auch die Miete.

Damit gewinnen wir folgendes allgemeines Ergebnis: Auch für den Vermieter ist nach Übergabe der Mietsache ein Rücktrittsrecht nach §§ 325, 326 nicht gegeben[17]; vor Übergabe der Mietsache steht es ihm bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 325, 326 zu.

III. Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung

Als zweite typische Rechtsfolge der §§ 325, 326 tritt uns der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung entgegen.

Auch hier ist eine kurze Wesensbestimmung des Anspruchs vonnöten, weil von ihr aus die juristischen Streitfragen, insbesondere das unter IV zu berührende Verhältnis von Kündigung und Schadensersatz, ihre besondere Deutung und gleichzeitige Lösung erfahren sollen.

Zwei Grundauffassungen, die das Wesen des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen zu deuten versuchen, stehen sich hier gegenüber, die Differenztheorie und die Austauschtheorie.

Nach ersterer richtet sich der Schadensersatzanspruch nicht lediglich auf einen Ersatz für die nicht erfüllte Leistung des Gegners, sondern auf den Ersatz des Schadens, der dadurch entsteht, daß die Erfüllung des Vertrages von beiden Seiten unterbleibt. Der Schadensersatzanspruch tritt hier nicht an die Stelle des Anspruchs auf die unmöglich gewordene Leistung des anderen Teiles, sondern an die Stelle des gesamten Schuldvertrages[18]. Dieses ist natürlich nur möglich, wenn der Schadensersatz begehrende Teil von Anfang an den Wert seiner eigenen Leistung von seiner Schadensersatzforderung abzieht. Der Schaden besteht dann in der Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung. Nach dieser Auffassung hat dann der den Schadensersatz Fordernde selbst nichts mehr zu leisten, weil er seine Forderung sofort um den Wert der eigenen Leistung, die unterbleibt, gemindert hat. Hiernach besteht das Wesen des Ersatzanspruches bei gegenseitigen Verträgen darin, daß an die Stelle der ursprünglichen Vertragspflichten beider Teile nunmehr eine einseitige reine Geldforderung des Schadensersatzfordernden tritt. Diese Geldforderung ist gleich

[16] Gschnitzer, a. a. O. S. 386; Gierke, a. a. O. S. 390, 391.

[17] a. A. RGZ 105, S. 169; Enneccerus-Lehmann § 127 II 2 b; Mittelstein § 222, anders die Vorauflage unter Berufung auf §§ 19, 20 KO, S. 171.

[18] Oertmann § 325 1 b α.

dem Nettogewinn, den der Ersatzberechtigte erzielt haben würde, sofern der Schuldner ordnungsgemäß erfüllt hätte. Er bemißt sich, von der Verlustseite her gesehen, nach der Verschlechterung, die das Vermögen des Berechtigten durch die Nichterfüllung des Vertrages erfahren hat[19]. Der gegenseitige Vertrag wandelt sich in einen dem Gläubiger zustehenden einseitigen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse um, während er selbst von der eigenen Leistung frei wird.

Die extremen Verfechter dieser Auffassung bezeichnen diese Art der Berechnung des positiven Interesses mit ihrer Auflösung des Synallagmas als die allein zulässige[20]. Nach ihnen ist der Ersatzfordernde nicht einmal berechtigt, seine eigene Leistung anzubieten, um das volle Interesse der ausgebliebenen Leistung, ohne Abzug des Wertes der eigenen, zu fordern.

Nach der Austauschtheorie dagegen besteht der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung auch bei gegenseitigen Verträgen nur in dem Ersatz für die nichterfüllte Leistung des anderen Teiles. Der Schadensersatz tritt hier an die Stelle der ausgebliebenen Leistung. Im übrigen bleibt das Schuldverhältnis unberührt, insbesondere der Ersatzberechtigte zur Erbringung der eigenen Leistung verpflichtet. Der Ersatzanspruch entspricht hier nicht der Wertdifferenz der beiderseitigen Leistungen, sondern Inhalt des Anspruchs ist schlechtin das Interesse des Gläubigers an der ausgebliebenen Leistung. Dieses volle Leistungsinteresse gebührt ihm nur deshalb ungekürzt, weil er seine eigene Leistung erbringen muß. Er tauscht sie in der Tat gegen die Schadensersatzleistung, die an die Stelle der nichterfüllten tritt, aus[21].

Das Reichsgericht steht grundsätzlich auf dem Boden der Differenztheorie, wendet sie jedoch nicht wie die extremen Vertreter dieser Ansicht starr und ausnahmslos an, sondern macht Zugeständnisse an die Austauschtheorie. Eine vermittelnde Anwendung wird den Lebenserfordernissen auch am besten gerecht; denn es geht auch hier nicht um die lückenlose und folgerichtige Durchführung eines Prinzips, sondern um die praktische Zweckmäßigkeit und Billigkeit.

Nach den vermittelnden Ansichten, die auch als abgeschwächte Differenztheorien bezeichnet werden, ist es dem Gläubiger freigestellt, unter Anbietung seiner eigenen Leistung das volle Leistungsinteresse zu fordern. Kann aber dem Gläubiger

[19] RGZ 102 S. 62; 127 S. 248.

[20] Staub, Komm. z. HGB. § 374 Anm. 26; Müller im „Recht" 1905 S. 545 ff; Schöller, GruchBeitr. Bd. 44, S. 603 ff.

[21] Kisch, a. a. O. S. 132; Titze S. 183; Kleineidam S. 144; Beradt S. 73; Crome II S. 181; insbes. Anm. 41; Oertmann § 325 1 b β, dort weitere Literatur.

nicht zugemutet werden, seine Leistung noch weiter bereit zu halten, dann steht ihm nach seiner Wahl auch der Differenzanspruch zu[22]. Diese wahlweise Zulassung der Berechnung des Ersatzes gewährleistet dem Gläubiger die Berücksichtigung seiner jeweiligen Interessen. Legt z. B. der Mieter Wert darauf, seine eigene Leistung zu erbringen, so wird er das Leistungsinteresse fordern. Da jedoch seine Leistung vornehmlich in Geld besteht, ist ihm der Differenzanspruch im Zweifel vorteilhafter.

Abschließend läßt sich sagen, daß in der Praxis keine der beiden Theorien über die Natur des Ersatzanspruchs bei gegenseitigen Verträgen unter Ausschließung der andern restlose Anerkennung gefunden hat. Vielmehr ist dem Ersatzfordernden mit wenigen Ausnahmen freigestellt, diejenige Berechnungsart und Form seiner Durchsetzung zu wählen, die seiner besonderen Interessenanlage angemessen ist[23]

1. Der Schadensersatzanspruch des Mieters

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung steht mit der Natur des Dauervertrages nicht in Widerspruch, er erfährt jedoch eine Modifikation. Genau wie die Kündigung oder die Aufhebung des Mietvertrages gemäß § 323 nur in die Zukunft wirkt, so ergreift der Ersatzanspruch gleichfalls nur denjenigen Zeitraum des Vertrages, der noch nicht abgelaufen ist.

Im übrigen ist dem Mieter im § 538 ein Schadensersatzanspruch gewährt, der, soweit es sich um einen Mangel der Mietsache handelt, in mancher Beziehung weitergeht[24]. Versagen muß jedoch § 538, wenn es sich nicht um einen Mangel, sondern um den Untergang der Mietsache selbst handelt. Hier dürfte der Ersatzanspruch beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen nur auf § 325 zu stützen sein[25].

Ferner ergibt sich eine wichtige ergänzende Anwendung des Ersatzanspruchs aus §§ 325, 326 in den Fällen, wo es sich um eine teilweise Nichterfüllung von seiten des Vermieters handelt. Die besonderen mietrechtlichen Vorschriften bestimmen darüber nichts, unter welchen Voraussetzungen der Mieter unter Ablehnung des noch möglichen Teiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen kann.

[22] Enneccerus-Lehmann § 53 IV 2 S. 206.

[23] Vgl. Staudinger-Werner, Vorbem. § 323; Planck-Siber § 325 1a; RGRKomm. § 325 1a, b; Enneccerus-Lehmann, § 53 IV 2 S. 207; Kipp: Verhandl. d. 27. Dtsch. Juristentages Bd. 1 S. 249 ff; RGZ 96/22; RG v. 15. 5. 31 in JW 1931 S. 1184.

[24] Vgl. S. 26 dieser Arbeit.

[25] Oertmann, Vorbem. § 535 4γ; vgl. Mittelstein S. 232; Dernburg II § 225 III.

Handelt es sich um eine teilweise Unmöglichkeit bzw. ein teilweises Unvermögen, das vom Vermieter zu vertreten ist, dann kann unter den Voraussetzungen des § 325 der Mieter Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen, sofern er dartut, daß es sich um eine teilweise Unmöglichkeit handelt und die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat.

Ähnliches gilt, wenn der Vermieter mit der Gewährung der Mietsache in Verzug kommt. Gemäß § 326 muß er den Nachweis erbringen, daß die gesetzte angemessene Frist verstrichen ist und er an der zukünftigen Erfüllung kein Interesse hat.

Dieses Recht des Mieters, den möglichen Teil der Leistung bzw. die nachträgliche Leistung abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu fordern, ist ein ebenso notwendiger wie wichtiger Anspruch, der auf den §§ 325 und 326 beruht und unter deren Voraussetzungen über den § 538 hinaus gegeben wird[26].

2. Der Schadensersatzanspruch des Vermieters

Sind damit die Besonderheiten des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung auf der Seite des Mieters gegen den Vermieter kurz skizziert, insbesondere seine Ergänzungsfähigkeit aus den allgemeinen Regeln, so ist bezüglich dieses Anspruchs in der Hand des Vermieters nichts weiter zu sagen. Da die Gegenleistung des Mieters regelmäßig in Geld besteht, sich also rechtlich als Augenblicksleistung darstellt, folgt er den allgemeinen Rechtsregeln ohne mietrechtliche Besonderheiten[27]. Auch für ihn gilt der Satz, daß er nur für die noch nicht abgelaufene Mietzeit Bedeutung hat.

Die kurzen Ausführungen haben gezeigt, daß mit Ausnahme des Rücktrittsrechtes beim Vorliegen ihrer Voraussetzungen die §§ 325, 326 hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs zur Anwendung gelangen, soweit nicht § 538 die speziellere Regelung darstellt.

IV. Verhältnis von Kündigung und Ersatzanspruch

In den §§ 325, 326 sind Rücktritt und Schadensersatz nur wahlweise gegeben. Der Gläubiger kann nicht vom Vertrage zurücktreten und gleichzeitig Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern.

---

[26] Tumpowsky, a. a. O. S. 58; Oertmann § 538, 3; vgl. Schöller, GruchBeitr. Bd. 46, S. 278, der den Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages unter denselben Bedingungen zulassen will, unter denen das Gesetz die Kündigung gestattet.

[27] Vgl. Krahmer, a. a. O. S. 161.

Hat dieses zur Folge, daß auch bei der Miete die an die Stelle des Rücktritts tretende Kündigung nur wahlweise neben dem Schadensersatzanspruch zur Anwendung kommt?

Da die Kündigung keine rückwirkende Kraft hat, ist soviel unbestritten, daß die Parteien alle diejenigen Schadensersatzansprüche behalten, die in der Vergangenheit für sie entstanden sind. Auch derjenige Schaden wird von ihnen erfaßt, der seinem Betrage nach erst nach Beendigung des Mietverhältnisses entsteht[28].

Fraglich ist nur, ob neben der Kündigung ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu gewähren ist, der gerade den Schaden deckt, der aus der Beendigung des Mietverhältnisses durch die Kündigung entsteht.

Bezeichnet man die Kündigung als einen Rücktritt für die Zukunft, dann drängt sich schon durch die Gleichartigkeit der Bezeichnung die Regelung der §§ 325, 326 auf, nach denen eine gleichzeitige Anwendung der Rechte nicht gestattet ist. Nach unseren früheren Ausführungen sind jedoch Rücktritt und Kündigung wesensverschieden, so daß die Regelung der §§ 325, 326 als Grund für den gegenseitigen Ausschluß nicht herangezogen werden kann.

Nur dann, wenn vor Beginn des Vertrages bzw. vor seiner Ausführung durch Überlassung der Mietsache eine der Parteien von dem zugelassenen Rücktritt der §§ 325, 326 Gebrauch macht, ist ein Schadensersatzanspruch selbstverständlich ausgeschlossen. Es kommt aber nicht auf die Bezeichnung an, sondern auf den Sinn der Parteierklärung. Nur wenn diese zum Ausdruck bringen soll, daß man den Vertrag als nicht geschlossen behandeln wolle, ist der Schluß auf ein gewolltes Rücktrittsrecht zu ziehen.

Im übrigen hat Keidel[29] speziell über die Frage der Verschiedenheit von Rücktritt und Kündigung und über die aus dieser Verschiedenheit folgende Wertlosigkeit der vergleichsweisen Heranziehung der §§ 325, 326, durch welche der Ausschluß des Schadensersatzanspruchs durch die Kündigung dargetan werden soll, im Anschluß an die historische Entwicklung Ausführungen gemacht, zu denen eine Ergänzung überflüssig erscheint.

Schließlich wird die Natur des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung zum Beweise für die Unmöglichkeit der kumulativen Anwendung beider Rechte ins Feld geführt. Aus dem Wesen des Ersatzanspruchs folge begriffsnotwendig, daß beide Rechte nicht nebeneinander geltend gemacht werden könnten.

[28] RGZ 64/381; 76/367.

[29] Keidel, Bd. 69 S. 317 ff.

Diese Ansicht wird folgendermaßen begründet:

Durch die Kündigung wird das Mietverhältnis für die Zukunft aufgelöst, das „funktionelle Synallagma" aufgehoben. Der Mieter wird von der weiteren Verpflichtung zur Zinszahlung ebenso frei wie der Vermieter von der weiteren Gebrauchsgewährung.

Verlangt jetzt aber der Mieter oder der Vermieter Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so wird das Schuldverhältnis nicht aufgehoben. Es tritt nur der Schadensersatz als „Surrogat" an die Stelle der ursprünglichen Leistung, und der Ersatzfordernde bleibt zu weiterer Leistung verpflichtet. Würde man z. B. dem Mieter beide Rechte einräumen, so entstünde ein unbehebbarer Widerspruch. Durch Gewährung des Kündigungsrechtes wird der Mieter von seiner Verpflichtung zur Mietzinszahlung befreit, durch die Zubilligung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung bleibt er weiter dazu verpflichtet[30].

Aus diesen Ausführungen ist unschwer zu erkennen, daß die Anhänger dieser Auffassung das Wesen des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung nach der Austauschtheorie bestimmen. Besteht tatsächlich das Wesen des Ersatzanspruchs darin, das Leistungsinteresse zu fordern unter gleichzeitiger weiterer Verpflichtung zur eigenen Leistung, dann verträgt sich eine Kündigung mit dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht, sofern man die Austauschtheorie als die allein richtige ansieht.

Wie wir aber oben gesehen haben, steht die Praxis nicht auf einem derart einseitigen Standpunkt, vielmehr ist jedem Vertragspartner unbenommen, wenn ihm das Erbieten der eigenen Leistung nicht mehr zugemutet werden kann, diese einzubehalten und nur den Differenzanspruch als einseitigen Schadensersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse geltend zu machen. Dem Mieter wird aber das Erbieten seiner eigenen Leistung, sofern sie in Geld besteht, niemals zuzumuten sein. Er hat lediglich ein Interesse daran, durch Kündigung seiner eignen Leistungspflicht ledig zu werden, um einen neuen Mietvertrag eingehen zu können. Wollte man den Mieter aber zwingen, hinsichtlich des ersten Vertrages weiter erfüllungsbereit zu bleiben, um Schadensersatz fordern zu können, dann wäre praktisch sein Ersatzanspruch überhaupt illusorisch, da der Mieter ja auf Eingehung eines neuen Mietvertrages unter Aufhebung des alten angewiesen ist[31]. Nach dieser Konstruktion des Ersatzanspruchs läßt sich begrifflich ein Kündigungsrecht mit ihm vereinbaren, denn das Hindernis, daß die Kündigung den Mieter beispielsweise von der weiteren Zinszahlungspflicht

[30] Beradt, a. a. O. S. 74.

[31] Vgl. hierzu Schöller, a. a. O. S, 277 mit zutreffenden Beispielen.

befreit, der Schadensersatzanspruch ihn weiter dazu verpflichtet, besteht bei dieser Auffassung nicht.

Damit sind die grundsätzlichen dogmatischen und logischen Bedenken, die gegen eine Kumulation des Ersatzanspruchs mit der Kündigung sprachen, beseitigt. Weil Kündigung und Rücktritt wesensverschieden sind, darf man die Regel der §§ 325, 326, die Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur wahlweise zulassen, nicht auf die Kündigung und den Ersatzanspruch übertragen. Ferner erlaubt die vom Reichsgericht unter bestimmten Voraussetzungen gebilligte Auffassung des Schadensersatzanspruchs im Sinne der Differenztheorie auch die begriffliche Vereinbarkeit[32] von Kündigung und Schadensersatz[33].

Das Reichsgericht hat sich deshalb auch nicht gescheut, in diesem Sinne neben der Kündigung einen Schadensersatzanspruch zu gewähren, und zwar aus dieser grundsätzlichen Einstellung heraus nicht nur auf der Seite des Mieters[34], sondern konsequenterweise auch beim Vermieter[35].

Damit gewinnt die in den §§ 626, 628 II beim Dienstvertrag getroffene Regelung nicht die Bedeutung einer Ausnahmeregel, sondern sie bildet die ausdrückliche gesetzliche Feststellung eines für verwandte Verträge geltenden allgemeinen Prinzips.

Für den Mieter ergeben sich gemäß unseren Ausführungen beispielsweise folgende Möglichkeiten:

1. Der Mieter kann vor Beginn der Mietzeit bzw. vor Übergabe der Mietsache gemäß §§ 325, 326 zurücktreten[36]. Ein Schadensersatzanspruch ist dann ausgeschlossen. Es ist ihm aber auch gestattet, in analoger Anwendung des § 542 oder, wenn die Mietzeit herangekommen ist, direkt nach § 542 zu kündigen. Ein Schadensersatzanspruch kann gegebenenfalls damit verbunden werden.
2. Der Mieter kann nach Beginn des Mietverhältnisses kündigen und daneben gegebenenfalls einen Schadensersatzanspruch geltend machen, der auch den Schaden deckt, der aus seiner Entbehrung der Mietsache entsteht. Voraussetzung dieser

---

[32] Vgl. S. 70 dieser Arbeit.

[33] Über die sonst vorgebrachten Bedenken nicht grundsätzlicher Art s. Keidel, a. a. O. S. 317 ff.

[34] RGZ 64/381.

[35] RGZ 76/370. Ferner Mittelstein, a. a. O. S. 331.

[36] Die „Rücktritts"erklärung des Mieters unterliegt der Auslegung. Nur wenn sie im Sinne rückwärtiger Vernichtung des Vertrages unter Begebung der Schadensersatzansprüche aufzufassen ist, treten die genannten Rechtsfolgen ein. Im Zweifel wird der Wortlaut im Sinne einer Kündigung auszulegen sein, da diese für den Mieter günstiger ist.

Kumulation ist, daß der Mieter den Schadensersatzanspruch nach Maßgabe der Differenztheorie geltend macht.

3. Der Mieter kann seine Leistung anbieten und entsprechend das volle Leistungsinteresse verlangen. Dieser Fall dürfte nur dann praktisch werden, wenn die Leistung des Mieters nicht in Geld besteht[37], und er ein Interesse daran hat, seine eigene Leistung zu erbringen. Damit ist natürlich eine Kündigung, die ihn von seiner Leistung, die er gerade erbringen will, befreien würde, nicht vereinbar.

V. § 327

Aus diesen Ausführungen zu den §§ 325, 326 ist ersichtlich, daß die Bedeutung des § 327 für den Mietvertrag in seiner typischen Gestalt als Dauervertrag gering ist. In dem Maße, wie der Rücktritt durch die Kündigung ersetzt wird, ist auch das Anwendungsgebiet des § 327 beschränkt. Praktisch hat er für den Dauervertrag Miete ebenso wie die §§ 323 Abs. II und 324 II keine Bedeutung.

§ 10

Schlußfeststellung

Die Betrachtung der §§ 320—327 hat gezeigt, daß sich in mancher Hinsicht ihrer Anwendung auf den Mietvertrag Hindernisse entgegenstellten, die zum Teil ihre Nichtanwendbarkeit, zum Teil eine beträchtliche Modifikation ihrer Rechtsfolgen im Gefolge hatten. Rückblickend bleibt uns hier nur noch festzustellen, welche Eigenschaften des Mietvertrages es waren, die sich der uneingeschränkten Anwendung widersetzten.

Zunächst war es das der Miete innewohnende Zeitmoment. Die Erstreckung des Vertrages über einen Zeitraum hin hatte zunächst die Begrenzung der Sicherheitsleistung des § 321 BGB. zur Folge. Diese Sicherheit war nur zu erbringen für die Mietforderung bis zum nächsten Kündigungstermin.

Am deutlichsten zeigte sich der Gegensatz zur vorübergehenden Leistung in der Ausgestaltung des § 323 und des Schadensersatzanspruchs.

Sowohl die Aufhebung des Vertrages gemäß § 323 wie auch der Ersatzanspruch bezogen sich auf den noch nicht abgelaufenen Teil des Vertrages. Das Vergangene behielt seinen Wert und blieb unberücksichtigt. Gleiches galt von der Kündigung, die eine rück-

[37] Vgl. S. 40, 41 dieser Arbeit.

wärtige Auflösung des Vertrages vermied. Letztlich ist auch die Ablehnung des § 324 II auf die Dauernatur der Miete zurückzuführen.

Mit diesem Zeitmoment eng verbunden und durch dieses erst bedingt, bildet das gesteigerte Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien einen weiteren Anhaltspunkt, der geeignet ist, die Abweichungen des Mietvertrages von den allgemeinen Regeln zu erklären. Dieses Vertrauenselement beherrscht den ganzen Vertrag. Am deutlichsten zeigt sich wohl die Tatsache, daß die Miete als Dauervertrag auf dem Vertrauen der Beteiligten beruht, in der Ersetzung des rückwirkenden Rücktrittsrechtes durch die nur in die Zukunft wirkende Kündigung. Daß diese Kündigung nicht mißbräuchlich gehandhabt wird, ist durch die Ausgestaltung der §§ 542, 553, 554 verhindert.

Endlich sind die Abweichungen bestimmt durch die Tatsache, daß es sich bei der Miete nicht um einen Entäußerungsvertrag handelt, sondern nur die Gebrauchsgewährung ohne Änderung der Eigentumsverhältnisse geschuldet wird.

Daraus folgt die Nichtanwendbarkeit der §§ 323 II, 281 und ferner die besondere Ausgestaltung des § 324 I. Regelmäßig wird bei der Miete der gesamte Schaden des Vermieters durch eine begrenzte Weiterzahlung der Miete nicht gedeckt. Insofern greift hier regelmäßig der § 823 BGB. ein.

Damit sind die gestaltenden Prinzipien des Mietvertrages, seine Erstreckung über einen Zeitraum, das sich durch den Vollzug des Vertrages bildende Vertrauensverhältnis und schließlich die Tatsache der allein geschuldeten Gebrauchsgewährung noch einmal herausgestellt. Nach ihnen ist die Frage der Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln zu beantworten und eine allgemeine gesetzliche Regelung auszurichten.

Lebenslauf

Ich bin am 21. Dezember 1912 in Münster i. W. als Sohn des Kaufmanns Fritz Stürmann und seiner Ehefrau Mathilde geb. Messer geboren. Nach neunjährigem Besuch des Städtischen Realgymnasiums und Gymnasiums zu Münster legte ich dort 1932 die Reifeprüfung ab. Die ersten drei Semester besuchte ich die Universität in Münster und war im vierten Semester an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn immatrikuliert. Die letzten drei Semester studierte ich wiederum an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster und bestand am Oberlandesgericht in Hamm am 18. November 1935 die Erste Juristische Staatsprüfung.

Fritz Stürmann.